UNIVERSITÉ DE TOULOUSE FACULTÉ DE DROIT

LA NATURE JURIDIQUE DU DROIT DU PRENEUR A BAIL ET LA DISTINCTION DES DROITS RÉELS ET DES DROITS DE CRÉANCE

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

soutenue le 23 juin 1951

par

Jean DERRUPPÉ

LAURÉAT DE LA FACULTÉ

ET DU CONCOURS GÉNÉRAL DES FACULTÉS DE DROIT

Membres du Jury :

MM. MAURY, Professeur, Doyen honoraire, *Président*

HÉBRAUD, Professeur } *Suffragants*

RAYNAUD, Professeur }

PARIS

LIBRAIRIE DALLOZ

11, RUE SOUFFLOT, 11

1952

DERRUPPÉ Jean

La nature juridique
du droit du preneur à bail
et la distinction des droits réels
et des droits de créance

Cahors, Imp. A. Coueslant, 1952
(in-8° rais., 440 p.)

Thèse de droit, Toulouse, 1952

DERRUPPÉ Jean

La nature juridique
du droit du preneur à bail
et la distinction des droits réels
et des droits de créance

Cahors, Imp. A. Coueslant, 1952
(in-8° rais., 440 p.)

Thèse de droit, Toulouse, 1952

DERRUPPÉ Jean

La nature juridique
du droit du preneur à bail
et la distinction des droits réels
et des droits de créance

Cahors, Imp. A. Coueslant, 1952
(in-8° rais., 440 p.)

Thèse de droit, Toulouse, 1952

DERRUPPÉ Jean

La nature juridique
du droit du preneur à bail
et la distinction des droits réels
et des droits de créance

Cahors, Imp. A. Coueslant, 1952
(in-8° rais., 440 p.)

Thèse de droit, Toulouse, 1952

LA NATURE JURIDIQUE DU DROIT DU PRENEUR A BAIL

ET

LA DISTINCTION DES DROITS RÉELS ET DES DROITS DE CRÉANCE

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

INTRODUCTION

1. En ce milieu du XX[e] siècle, des juristes des plus qualifiés se sont plu à dresser le bilan juridique des cinquante années écoulées [1]. Ils n'ont pas tous interprété de la même façon les résultats de ce bilan, mais tous ont constaté le nombre important des réformes réalisées pendant ce demi-siècle qui a vu la production législative s'accroître de manière continue.

Entre autres matières, s'il en est une qui a subi des changements profonds, c'est bien celle du louage d'immeuble. Sans doute, le chapitre du Code civil relatif au « louage de choses » subsiste et peu de ses articles ont été expressément abrogés ; mais quelle vue inexacte du contrat de louage et des rapports juridiques, qui existent entre bailleur et preneur, aurait celui qui se contenterait de lire ces textes. Depuis la guerre de 1914-1918, de nombreuses lois les ont complétés, et ces lois ont profondément modifié la physionomie du louage d'immeuble.

Les premières avaient un caractère temporaire ; mais elles ont été régulièrement renouvelées et nous sommes aujourd'hui en présence de véritables codes particuliers, propres à chaque catégorie de baux selon l'usage auquel est destiné l'immeuble : baux de biens ruraux (ord. du 17 octobre 1945, modifiée par la loi du 13 avril 1946), baux de maisons d'habitation ou à usage professionnel (loi du 1[er] septembre 1948), baux de locaux à usage commercial ou industriel (lois du 30 juin 1926 et du 18 avril 1946). Certes, la législation n'est pas encore stabilisée, et l'évolution n'est peut-être pas terminée ; en effet, l'étude de nouveaux textes législatifs sur les baux est toujours au premier plan de

1. V., G. Ripert, *Le bilan d'un demi-siècle de vie juridique*, D., 1950, chron., p. 1. — Waline, *Cinquante ans de jurisprudence administrative*, D., 1950, chron., p. 21. — R. Savatier, *Le Droit et l'accélération de l'Histoire*, D., 1951, chron., p. 29. — V., également les ouvrages de M. Savatier, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*, 1948, et 2[e] éd., 1952 (Aj., J. Carbonnier, *Les transformations du droit civil contemporain*, Droit social, 1949, p. 57) ; *Du droit civil au droit public*, 2[e] éd., 1950 — et les Etudes offertes à G. Ripert, *Le droit français au milieu du XX[e] siècle*.

l'activité parlementaire, et les oppositions entre les diverses tendances paraissent si tenaces que les textes de compromis qui pourront être votés ne satisferont probablement personne. Mais les grandes lignes de la législation nouvelle sont suffisamment marquées pour qu'il ait été possible de faire le point de l'évolution accomplie, et de déterminer les incidences juridiques de cette évolution.

2. La caractéristique essentielle des modifications apportées à la législation des baux est une amélioration constante des prérogatives du preneur et une protection plus efficace de ses intérêts. Mais ces modifications n'ont pu se faire sans porter atteinte aux anciens principes et concepts juridiques.

On n'a pas manqué, tout d'abord, de souligner que ce que l'on donnait à l'un, on l'enlevait à l'autre ; ce que le preneur obtenait, le propriétaire le perdait [2]. De nouvelles restrictions ont été ainsi apportées à l'absolutisme du droit de propriété ; la législation des baux a été une nouvelle étape dans l'évolution du droit de propriété [3].

« Qui veut être protégé, écrit, d'autre part, M. Ripert, doit être décidé à perdre sa liberté » [4]. Et, de fait, la nouvelle législation des baux apporte une atteinte profonde au principe de la liberté contractuelle. Au contrat librement débattu entre parties est substitué un cadre rigide, que les intéressés n'ont guère la faculté de modifier. C'est la notion même de contrat de bail qui s'est trouvée en cause ; convenait-il toujours de parler de droit contractuel ? N'était-on pas plutôt en présence de « relations de bail » soumises à un statut légal en fonction des intérêts supérieurs de l'habitation ou de l'entreprise commerciale ou agricole [5] ?

Mais ce ne sont pas seulement les principes traditionnels qui

2. Cf. G. Ripert, chronique précitée, p. 2, col. 1 — et chron. au D., 1948, p. 193. — J. Carbonnier, article cité, Droit social, 1949, p. 58, col. 2 *in fine* et p. 59, col. 1.

3. V., R. Savatier, *Du droit civil au droit public*, ch. II, p. 40 et s. — Cousteix, *Des restrictions au droit de propriété en matière de baux ruraux*, thèse dactylographiée, Paris, 1947. — Doublet, *La vocation au sol et ses aspects juridiques*, D., 1948, chron., p. 197. — G. Morin, *Le sens de l'évolution contemporaine du droit de propriété*, Etudes G. Ripert, t. II, p. 3.

4. *Ibidem*.

5. V., G. Ripert, *Le statut du fermage. Du droit contractuel ou droit de l'entreprise*, D., 1946, chron., p. 1. — R. Béraud, *Bail écrit et bail verbal*, J.C.P., 1950.I.821.

se sont trouvés atteints ; l'effet des lois nouvelles s'est aussi fait sentir sur le terrain de la technique juridique. La nouvelle condition juridique qui était faite au preneur a permis de s'interroger de nouveau sur la nature juridique de son droit, de reposer le problème de la nature réelle ou personnelle du droit du preneur. Et M. Savatier, dans sa brillante chronique sur « la nature juridique et les caractères nouveaux du droit à un bail rural » [6], mettant en relief « l'écrasement, par la socialisation du droit, des anciens supports individualistes de la distinction des droits réels et personnels », a pu conclure que le droit du preneur à bail rural réunissait désormais en lui les caractères traditionnels du droit réel et du droit personnel.

C'est à cette incidence particulière de la législation moderne des baux dans un des domaines de la technique juridique que nous avons pensé consacrer cette étude.

3. Il nous a paru utile et intéressant de voir dans quelle mesure la législation moderne a pu apporter une solution nouvelle au problème de la nature juridique du droit du preneur, problème qui, au lendemain du Code civil, avait donné lieu à des controverses passionnées et restées célèbres.

L'intérêt de cette étude est tout d'abord d'ordre pratique. La détermination de la nature juridique du droit du preneur permettra en effet de fixer, sur des points que le législateur n'aurait pas précisés, le régime juridique applicable à ce droit. Sans doute, cet intérêt est aujourd'hui bien diminué par le fait que le législateur moderne a édifié une réglementation détaillée qui laisse peu de place à la construction juridique. Pour ne citer qu'un exemple, la détermination de la nature juridique du droit du preneur était autrefois nécessaire pour fixer la compétence territoriale des juridictions appelées à connaître des litiges relatifs aux baux d'immeuble ; cet intérêt a aujourd'hui en grande partie disparu, car toutes les lois récentes ont pris soin de déterminer de façon impérative cette compétence territoriale. Mais, malgré toute la minutie de la législation nouvelle, il reste encore des points qui n'ont pas été précisés et qui imposent de prendre position sur la nature juridique du droit du preneur. Sans entrer

6. D., 1946, chron., p. 41 et s.

dans le détail de questions que nous serons amené à développer, on peut dire que l'octroi ou le refus au preneur des actions possessoires dépend de la nature réelle ou personnelle de son droit ; de même, cette nature aura une influence sur le caractère mobilier ou immobilier du droit, et par là se rattachent à ce problème les intérêts de la distinction des meubles et des immeubles, notamment en ce qui concerne le sort de ce droit dans les régimes matrimoniaux.

Cette étude présente, d'autre part, un intérêt d'ordre spéculatif ou théorique, voire didactique, qui n'est pas à négliger. La détermination de la nature juridique du droit du preneur, droit qui a toujours été considéré comme étant à la frontière des droits réels et des droits de créance, doit nous permettre de préciser les caractères distinctifs du droit réel et du droit de créance. La distinction de ces droits, qui est considérée comme une distinction fondamentale des droits patrimoniaux, n'est pas toujours appliquée d'une manière parfaitement nette, et la classification de plusieurs droits dans l'une ou l'autre catégorie est encore incertaine. Or, sans parler de l'intérêt pratique qu'il peut toujours y avoir à préciser la nature juridique d'un droit, quel qu'il soit, il n'est pas sans intérêt, ne serait-ce qu'au point de vue didactique, d'avoir des classifications précises et sûres [7].

4. Avant d'aller plus loin, et pour bien préciser le problème que nous entendons traiter, il est nécessaire de faire ici une précision terminologique, afin d'écarter une confusion que pourrait créer le terme amphibologique de droit personnel.

Opposé au droit réel, l'expression de « droit personnel » est synonyme de droit de créance. Mais, par droit personnel, on peut aussi désigner un droit exclusivement propre à une personne déterminée, droit qui est accordé « intuitu personnæ » et qui ne peut se transmettre ou être cédé librement. La législation moderne des baux a justement donné au droit au bail cet aspect personnel ; les nouveaux droits accordés aux preneurs, le sont en général à titre exclusivement personnel, en raison de la qua-

7. Sur l'importance des classifications pour le travail de l'esprit, et sur les profits qu'elles procurent, voir, Pétrazycki, *Méthodologia der Theorien des Rechts und der Moral*, p. 9, 37, 68 et s. — Dabin, *La technique de l'élaboration du droit positif*, p. 166 et s. — Comp., Fr. Gény, *Science et technique*, t. III, n° 207, p. 123 et s.

lité d'occupant ou d'exploitant, et leur transmission obéit à des règles particulières dans le cadre du groupe familial ou de l'entreprise. Le droit au bail ou à ses équivalents a pris ainsi dans la législation moderne un caractère personnel ou familial [8].

Mais ce caractère est sans influence sur la nature réelle ou personnelle du droit au bail lorsque le mot personnel est pris comme synonyme de droit de créance. Il existe des droits réels, tels les droits d'usage ou d'habitation, qui sont essentiellement personnels, c'est-à-dire exclusivement propres à une personne déterminée, et incessibles. Le caractère personnel du droit au bail qui se dégage de la législation nouvelle laisse donc intact le problème de *savoir si le droit du preneur constitue un droit réel ou un simple droit de créance.*

Pour éviter toute confusion sur ce point [9], il conviendrait peut-être de réserver l'expression de « droit personnel » pour désigner le droit exclusivement attaché à la personne de son titulaire, et de ne point l'utiliser comme synonyme de droit de créance. Mais l'habitude est prise depuis longtemps de parler de la nature réelle et de la nature personnelle d'un droit afin de désigner respectivement le droit réel et le droit de créance ; et il ne paraît pas absolument nécessaire de condamner cette coutume qui est d'ailleurs commode pour éviter la lourdeur de certains exposés ; il suffit d'être d'accord sur le sens des mots employés ; et si nous nous efforcerons au cours de cette étude d'utiliser l'expression de droit de créance plutôt que celle de droit personnel, disons que lorsque cette dernière expression sera employée, ce sera, sauf précision supplémentaire, dans le sens et comme synonyme de droit de créance.

5. La façon dont nous avons posé le problème qui doit faire l'objet de cette étude nous indique d'elle-même la manière dont nous devons aborder sa discussion. Puisque c'est à l'occasion des lois nouvelles sur les baux que l'on a pu se poser la question de savoir si la nature juridique du droit du preneur n'avait pas été

8. M. R. Savatier a même pu parler, pour le droit au bail rural, de droit dynastique, v., R. Savatier, *chron.*, D., 1946, p. 45, col. 1. — Sur ce caractère personnel du droit au bail dans la législation moderne, voir, R. Savatier, *Manuel juridique des baux ruraux*, n° 17 ; Grimaud et Givord, *La loi sur les loyers*, 2e éd., 1949, n° 127-128.

9. Cette confusion n'a pas toujours été évitée, voyez notamment, Boudriot, *Le droit au renouvellement du bail*, thèse dact., Paris, 1949, p. 402-403.

transformée, il est nécessaire de prendre pour point de départ, et de rappeler dans un chapitre préliminaire, les controverses auxquelles ce problème avait donné lieu sous la législation du Code civil et la solution qui avait triomphé en doctrine et en jurisprudence. C'est en effet en confrontant cette solution et les raisons sur lesquelles elle s'appuie, avec les éléments nouveaux résultant de la législation moderne, qu'il sera possible de savoir si et comment un changement, une transformation de la nature juridique du droit du preneur a pu s'opérer.

Mais si nous ne trouvons pas dans la législation moderne des raisons suffisantes pour condamner l'ancienne solution sur la nature juridique du droit du preneur, nous serons alors amenés, en raison même des doutes qu'ont fait naître sur cette solution les lois nouvelles, à envisager de nouveau le problème dans son ensemble, non seulement à la lumière de la législation moderne et sur la base des solutions déjà acquises, mais encore en fonction, d'une part, de tous les rapports qui naissent du contrat de bail, et, d'autre part, de la distinction générale des droits réels et des droits de créance.

CHAPITRE PRELIMINAIRE

Les anciennes controverses sur la nature juridique du droit du preneur L'état actuel de la question

6. Les controverses relatives à la nature juridique du droit du preneur à bail ont pour origine l'interprétation de l'article 1743 du Code civil. Cet article déclare le bail opposable à l'acquéreur de la chose louée. Il semble accorder ainsi au preneur un droit de suite sur cette chose ; et l'on s'est demandé si les auteurs du Code civil n'avaient pas voulu rompre avec la tradition historique, et consacrer au profit du preneur un véritable droit réel sur la chose.

Un bref rappel des précédents historiques nous permettra de mieux comprendre comment s'est posée la question avant de voir comment elle a été discutée et résolue.

7. L'origine, la fonction et l'importance du contrat de louage *à Rome* nous sont assez mal connus [1].

La situation du preneur paraît cependant avoir été, dans les premiers temps de l'institution, extrêmement précaire. Le preneur est simple créancier de la jouissance que doit lui procurer le bailleur. Il n'exerce sur la chose aucun pouvoir propre et indépendant. Il possède pour le compte du bailleur qui peut seul exercer les interdits possessoires ; et l'on prétend même que le bailleur pouvait exercer les interdits contre le preneur lui-même pour reprendre à tout instant possession de la chose louée, le preneur devant se contenter de réclamer des dommages-intérêts par l'action du contrat, l'*actio conducti* [2].

1. Cf., Cornil, *Traité de la possession en droit romain*, p. 56. — Voir, Girard, *Manuel de droit romain*, 8e éd., 1929, p. 603-604. — Monier, *Manuel élémentaire de droit romain*, 4e éd., t. II, 1948, n° 127. — Réglade, *Des droits du preneur de bail à ferme en droit romain et en droit français*, thèse Bordeaux, 1882, p. 20 et s. — Dugast, *Le droit du preneur dans le louage d'immeubles*, thèse Paris, 1914, p. 21 et s.

2. Cf., Dugast, *op. cit.*, p. 22-23.

La condition du preneur dut sans doute s'améliorer de façon progressive ; en tout cas, il paraît bien qu'à l'époque classique la faculté permanente d'expulsion n'était accordée au bailleur qu'au cas de bail conclu pour une durée indéterminée ; en ce cas, en effet, le contrat pouvait être résilié à tout moment par la seule volonté de l'une des parties [3].

Aussi n'est-on pas très sûr du sens de la loi *Aede*, du III[e] siècle après Jésus-Christ, qui interdit au bailleur d'expulser le locataire de maison, sauf dans trois cas : pour défaut de paiement des loyers ; pour habiter personnellement ; pour reconstruire la maison [4]. D'aucuns y ont vu le changement intervenu dans la situation du preneur qui, auparavant, pouvait être expulsé à tout instant et était réduit à demander des dommages-intérêts, sans pouvoir se faire maintenir en possession [5]. D'autres estiment, en revanche, qu'il s'agit de dispositions particulières, en contradiction avec la condition du preneur à l'époque classique, et qui s'expliqueraient par l'insécurité de l'époque [6].

Mais c'est surtout à l'égard des tiers acquéreurs que la situation du preneur a, de tout temps, été très précaire. Le preneur n'avait de droit qu'à l'encontre de son bailleur ; au cas d'aliénation à titre particulier, il ne pouvait rien exiger du nouveau propriétaire qui pouvait l'expulser librement. C'est ce principe que rappelle la loi *Emptorem*, du III[e] siècle après Jésus-Christ [7]. L'acquéreur est toujours libre d'expulser le preneur, à moins qu'en achetant il ne se soit engagé par une situation spéciale à respecter et à entretenir le bail. Et cette clause fut même réputée sous-entendue dans les ventes d'immeuble du fisc.

8. Dans l'*Ancien Droit français* [8], on fit une distinction très nette entre les baux de courte et de longue durée.

3. Girard, *op. cit.*, p. 609. — Monier, *op. cit.*, t. II, n° 129.

4. Code Liv. 4, t. LXV, loi 3. Aede quam tu conductam habere dicis, si pensionem domino in solidum solvisti, invitum te expelli non oportet, nisi propiis usibus dominus eam necessariam esse probaverit, aut corrigere domum maluerit, aut tu mala in re locata versata es.

On ne peut s'empêcher de remarquer combien ces cas d'expulsion ressemblent à nos actuelles hypothèses de reprise. A tel point que l'on peut se demander si la loi Aede, loin d'interdire la libre expulsion du preneur en cours de bail — chose qui semblait déjà acquise —, n'avait pas plutôt pour effet de rendre impossible l'expulsion même en fin de bail, et ne constituait pas ainsi une mesure analogue à notre actuel maintien dans les lieux ? — Comp., J. Carbonnier, observations au J.C.P., 1946.II.3112.

5. Dugast, *op. cit.*, p. 24-25.

6. Monier, *op. cit.*, t. II, n° 129.

7. Code Liv. 4, t. LXV, 1, 9. Emptorem fundi non necesse est stare colono cui prior dominus locavit nise ea lege emit.

8. Dugast, *op. cit.*, p. 28 s.

Les baux à court terme étaient ceux de 9 ans ou inférieurs à 9 ans. La situation du preneur y était identique à ce qu'elle était en droit romain. On appliquait les principes des lois *Aede* et *Emptorem*.

On admettait, d'une part, que le bailleur d'immeuble urbain pouvait expulser le locataire avant l'expiration du bail lorsqu'il voulait occuper lui-même la maison. Et Pothier, qui rapporte la jurisprudence du Châtelet, indique qu'on « exigeait seulement du propriétaire qu'il affirmât par serment, s'il en était requis, que le congé qu'il donnait était dans la vue de venir occuper la maison et qu'il y vînt effectivement » [9].

D'autre part, en vertu de la loi *Emptorem*, on permettait au tiers acquéreur d'expulser le preneur sans attendre l'expiration du bail. Loysel avait formulé la règle dans un de ses adages : « vendage passe louage » [10] ; mais il faut dire que cette règle ne s'appliquait pas seulement au cas de vente ; elle pouvait être invoquée lors de toute mutation à titre particulier, ce que l'on exprimait en disant : « Successor particularis non tenetur stare colono. » [11].

Comme en droit romain, on admettait cependant que l'acquéreur pouvait s'engager dans l'acte de vente à maintenir le bail [12]. Cette clause se généralisa. On considéra même qu'elle pouvait être tacite et résulter de l'attitude de l'acquéreur après l'achat [13].

Le point essentiel pour notre étude, et sur lequel il convient d'insister, est l'explication que les anciens auteurs ont donnée de la loi *Emptorem* et de la règle « *vente passe louage* ». Tous l'ont rattachée au caractère exclusivement personnel du droit du preneur [14]. « La raison essentielle de la loi *Emptorem*, disait Gui Coquille, est que par la location il n'y a qu'une obligation personnelle de laquelle le successeur à titre singulier n'est tenu. » [15]. Et Cujas disait de son côté, dans son annotation de la loi Emptorem : « *Haec est ratio quia colonus non habet jus in re quam conduxit.* » Quant à Pothier, il s'exprimait ainsi : « Le fermier ou le locataire n'ayant aucun droit dans l'héritage qui lui a été loué, si le locateur a vendu ou légué cet héritage à quelqu'un sans

9. Pothier, *Traité du louage*, n° 329. — Cf., Domat, L. 1, t. IV, s. 2, § 13. — V., Dugast, *op. cit.*, p. 40.
10. Loysel, *Institutes coutumières*, L. 3, t. IV, 2, 1.
11. Cf., Domat, *Lois civiles*, L. 1, t. IV, s. 4, § 4 et 5. — Pothier, *op. cit.*, n° 288. — V., Louis Périer, *De la règle louage passe vente*, thèse Montpellier, 1900.
12. Cf., Pothier, *op. cit.*, n° 292.
13. V., Dugast, *loc. cit.*
14. V., sur ce point, Dugast, *op. cit.*, p. 44 et s.
15. Coquille, *Coutume du Nivernais*, question 202. — Cf., Dumoulin, *Coutume de Paris*, § 58, n° 5.

le charger de l'entretenir du bail, cet acquéreur, ce légataire ne seront point tenus de l'entretenir. » [16].

Dans les baux à long terme, c'est-à-dire supérieurs à 9 ans, la situation était inverse [17]. Ces baux transféraient au preneur un droit réel, et peut-être même le domaine utile. La loi *Emptorem* ne leur était pas applicable. Le droit du preneur était opposable aux tiers acquéreurs.

9. Avec la Révolution et le *Droit intermédiaire*, ce régime fut modifié [18]. On prohiba tout d'abord le bail perpétuel qui était admis dans l'ancien droit (d. 18-29 déc. 1790). D'autre part, on supprima la distinction entre les baux de plus et de moins de 9 ans. Tous furent en principe soumis à la loi *Emptorem*.

Mais ce principe subit une importante exception en ce qui concerne les *baux de biens ruraux*. Le décret des 21 septembre-6 octobre 1791 fit à cet égard une distinction entre les baux de 6 ans et au-dessous et les baux supérieurs à 6 ans. Pour les baux ruraux de 6 ans et au-dessous, la résiliation du bail au cas de vente ne pouvait avoir lieu que de gré à gré, donc avec le consentement du fermier ; c'était dire, par conséquent, que l'acquéreur ne pouvait plus expulser le preneur ; la loi *Emptorem* était écartée. Pour les baux ruraux supérieurs à 6 ans, l'acquéreur conservait en principe le droit d'expulsion, mais son exercice était soumis à plusieurs conditions : 1° l'acquéreur devait s'engager à cultiver lui-même l'immeuble ; 2° il devait signifier un congé au fermier un an avant l'expulsion ; 3° il devait lui verser une indemnité compensatrice du préjudice subi et du gain manqué par la fin prématurée du bail.

10. Ainsi, en matière de baux ruraux, la loi *Emptorem* était en grande partie écartée. L'évolution allait s'achever avec le *Code civil* qui, dans l'article 1743, généralisa cette exception. Aux termes de cet article, et sauf clause contraire, l'acquéreur fut tenu de maintenir le bail ayant date certaine antérieure à son acquisition.

Par là même se trouva posé le problème de la nature du droit du preneur que nos anciens auteurs avaient étroitement rattaché à la règle résultant de la loi *Emptorem*. En écartant cette règle,

16. Pothier, *op. cit.*, n° 288. — Pothier refusait cependant d'appliquer la règle au donataire, cf., n° 296.

17. V., Garsonnet, *Histoire des locations perpétuelles et des baux à longue durée*, p. 419. — Dugast, *op. cit.*, p. 35 et s. et les auteurs cités.

18. V., Dugast, *op. cit.*, p. 63 et s. — Daïnow, *La nature juridique du droit du preneur à bail*, thèse Dijon, 1931, p. 21 et s.

les auteurs du Code civil n'ont-ils pas également écarté la théorie du droit du preneur — droit personnel ? En accordant au preneur le droit d'opposer son droit à l'acquéreur, ne lui ont-ils pas donné un droit réel ? Telles sont les questions qui furent posées et auxquelles la théorie de la réalité du droit du preneur répondit par l'affirmative.

SECTION I

La théorie du droit réel

11. Si Troplong a attaché son nom à la théorie de la réalité du droit du preneur, c'est Merlin qui l'a soutenue le premier ; et c'est peut-être lui qui a affirmé avec le plus de force le caractère réel de ce droit depuis le Code civil, puisqu'il écrivait : « Dans le droit romain, le bail ne conférait au fermier que le *jus ad rem ;* et voilà pourquoi il était sans effet contre l'acquéreur qui, par le contrat de vente, était investi d'un *jus in re*. Mais sous le Code civil, le fermier n'a pas seulement une action personnelle contre son bailleur. Il a encore droit dans la chose qui lui est louée, et cela est si vrai que l'acquéreur de la propriété est forcé d'entretenir le bail qui est prouvé avoir été fait avant la vente. Le bail est donc, relativement au fermier, un titre translatif de la jouissance temporaire, comme le contrat de vente est, relativement à l'acquéreur, un titre translatif de la jouissance perpétuelle. » [19].

Mais avant d'exposer les diverses conclusions auxquelles sont arrivés les auteurs qui ont soutenu la réalité du droit du preneur et les arguments qu'ils ont invoqués, il convient de faire une remarque et d'écarter une objection.

12. Remarquons, en effet, que les auteurs partisans de la réalité n'ont pas nié et n'ont pu nier l'existence entre bailleurs et preneurs de relations personnelles de créanciers à débiteurs. A côté du droit réel qu'ils accordaient au preneur, ils lui ont reconnu des droits personnels, des droits de créance contre le bailleur. Ces droits, qui correspondent aux obligations imposées au bailleur par les articles 1719 et suivants du Code civil, ils n'ont pu les ignorer.

Cela nous permet d'apprécier jusqu'à quel point est exacte la

19. Merlin, *Recueil alphabétique des questions de droit*, t. VI, Additions, 2e éd., 1820, v° Tiers, § II, p. 809, col. 1.

distinction que l'on a faite entre la théorie de la réalité pure et la *théorie dite mixte du droit du preneur* [20].

Troplong et les premiers partisans de la réalité ont affirmé avec force le nouveau caractère du droit du preneur : ce droit était un droit personnel à Rome et dans l'Ancien Droit, le Code civil en a fait un droit réel, ont-ils dit. Leurs premiers adversaires n'eurent aucune peine à montrer que le Code civil avait laissé subsister un droit personnel au profit du preneur. Aussi, pendant la deuxième moitié du XIX[e] siècle, de nouveaux partisans de la réalité répondirent que l'existence d'un droit personnel n'excluait pas celle d'un droit réel. C'est cette théorie, défendue notamment par Jozon, Ch. Royer et Yseux [21], que l'on a appelée la théorie mixte et que l'on a voulu distinguer de celle de Troplong.

Mais Troplong aurait certainement approuvé la précision apportée par ces auteurs, car il n'a pas ignoré les droits personnels du preneur [22]. De sorte que les différences qui peuvent exister entre les partisans de la réalité proviennent de l'importance reconnue par eux soit au droit réel, soit aux droits personnels qu'ils accordent au preneur.

13. Cette remarque nous amène à apprécier tout de suite une objection faite par les partisans du caractère exclusivement personnel du droit du preneur. Pour arrêter les nouveaux auteurs qui défendaient la réalité, ils ont posé un obstacle de principe : comment un droit peut-il être à la fois réel et personnel ? Et Demolombe, suivi par Ferry, n'a pas hésité à parler de « monstre juridique » [23].

Cette objection est plus apparente que réelle. C'est encore l'expression de droit mixte qui a pu entraîner une confusion. En parlant de droit mixte, les partisans de la réalité n'ont pas voulu dire que le droit du preneur était à la fois réel et personnel ; mais ils ont prétendu que le *preneur pouvait avoir tout à la fois un droit réel et un droit personnel.* Et c'est ainsi que Jozon écrit : « On conçoit parfaitement que le droit réel et le droit personnel coexistent en vertu d'un même contrat et au profit de la même personne. » [24]. Un même contrat, et c'est le cas de la vente, peut à la

20. Sur cette distinction, voir, Dugast, *op. cit.*, p. 69 et s.

21. Jozon, *De la nature du droit du preneur*, Rev. prat. de dr. fr., 1865, p. 358. — Ch. Royer, note au D., 1860, 2, 186. — Yseux, *Nature du droit du preneur dans le contrat de louage*, Rev. Crit., 1893, p. 102.

22. Troplong, *Du louage*, n° 12, 159 et s., 170, 490, 507.

23. Demolombe, *Cours de droit civil français*, t. IX, n° 493. — Ferry, *La nature du droit du fermier et du locataire de maison*, Rev. Foelix ou Rev. de dr. fr. et étranger, t. VIII, p. 609 et p. 849.

24. Jozon, *op. cit.*, p. 358. — V., dans le même sens : Ch. Royer, D., 1860, 2, 186, et Yseux, *op. cit.*, p. 110.

fois transférer un droit réel et faire naître entre les parties des relations personnelles de créancier à débiteur. Les partisans de la réalité n'ont pas voulu dire autre chose.

§ 1

Les conclusions des partisans de la réalité

14. Si les auteurs qui ont soutenu le caractère réel du droit du preneur sont d'accord sur le principe, ils ne le sont pas toujours dans l'ensemble de leurs conclusions. Mais, surtout, ils ne donnent pas tous la même importance au droit réel qu'ils reconnaissent au preneur ; tandis que les uns accordent une prédominance certaine à ce droit réel, d'autres en font seulement un droit accessoire, un droit secondaire, le droit personnel gardant pour eux le rôle principal.

a) Prédominance du droit réel

15. Troplong est considéré comme le père de la théorie de la réalité. Pour lui, les auteurs du Code civil ont changé la nature du droit du preneur ; les droits personnels que peut avoir ce dernier ne sont que des accessoires et des conséquences de son droit réel. « Si le bailleur est tenu de faire jouir le preneur, écrit-il, c'est que ce dernier a un droit de jouir. » [25].

Comme conséquence du caractère réel du droit du preneur, Troplong indiquait le caractère immobilier de ce droit lorsqu'il porte sur un immeuble [26]. Mais s'il accorde encore au preneur une action mixte [27], il semble arrêter là les conséquences que l'on pourrait tirer du principe qu'il pose. C'est ainsi qu'il déclare que le droit réel du preneur ne suppose pas et n'entraîne pas un démembrement de la propriété. La jouissance du preneur apporte au droit du propriétaire des restrictions, mais « le fermier n'est propriétaire d'aucun démembrement sur la chose » [28]. Troplong va même plus loin, et il affirme que le preneur n'acquiert que la jouissance matérielle de la chose, le propriétaire conservant la jouissance juridique. Pour lui, en effet, « le fermier n'a qu'une possession d'emprunt et, même dans le droit qui lui est attribué,

25. Troplong, *op. cit.*, n° 12.
26. *Op. cit.*, n° 15 et s.
27. *Op. cit.*, n° 169 et 170.
28. *Op. cit.*, n° 4 et s. ; *De la prescription*, t. I, n° 366.

il reconnaît qu'il n'est pour ainsi dire qu'un procureur jouissant pour le compte du maître » [29]. Troplong refuse en conséquence les actions possessoires au preneur. Celui-ci n'est pas possesseur. « Sa possession est tellement dominée par celle du propriétaire qu'elle se trouve absorbée, et pour ainsi dire effacée, aux yeux des tiers qui ne voient en lui qu'un représentant du maître. » [30]. On voit combien *les conclusions de Troplong étaient modérées.*

16. Celles de Fréminville et Larombière, qui ont adhéré à la thèse de Troplong, ne l'étaient pas moins ; à tel point que Fréminville craignait d'affirmer que le Tribunal compétent pour statuer sur l'exécution du bail fût celui de la situation de l'immeuble [31].

Seul Bélime, en ce temps, s'est montré plus hardi. Il attribue au preneur le bénéfice des actions possessoires, et il n'hésite pas à considérer le preneur comme un véritable possesseur, un possesseur « *animo locatoris* » [32].

b) Prédominance du droit personnel

17. Il n'était pas possible aux auteurs, qui quelques années plus tard soutinrent à nouveau la théorie de la réalité, d'adopter des conclusions plus réservées que celles de Troplong. Aussi Jozon, analysant les conséquences pratiques et les avantages découlant du droit réel, les résume ainsi : compétence possible du tribunal de la situation ; possibilité d'une action directe du locataire contre les tiers troublant sa jouissance ; droit du locataire d'une portion indivise de provoquer le partage en son nom personnel ; enfin, en cas de conflit entre deux locataires successifs, préférence au premier en date.

Dans les conséquences pratiques du droit réel, Jozon allait donc aussi loin, si ce n'est plus, que Troplong ; en revanche, sur le plan théorique, il se montrait plus réservé. Il accordait au droit réel une bien moindre importance, et n'en faisait qu'un accessoire du droit personnel. « Le principal, écrit-il, est le droit personnel. C'est celui que le preneur a surtout en vue en contractant, celui qu'il est appelé à faire valoir à chaque instant dans le cours du bail. Le principal effet du louage est d'obliger le bailleur à faire

29. *Op. cit.*, n° 4. Voir également, n° 21 et 271.
30. *Op. cit.*, n° 271.
31. Fréminville, *De la minorité*, n° 528. — Larombière, *Obligations*, sous l'art. 1136.
32. Bélime, *Traité de la possession*, n° 309.

jouir le preneur. Le droit réel ne sera qu'un droit accessoire auquel le preneur recourra dans des circonstances exceptionnelles. » [33].

§ 2

Les arguments invoqués

18. Le raisonnement de Troplong pour démontrer la réalité du droit du preneur est très simple. Il est tellement simple que cette réalité lui paraît évidente ; « il faut avoir, dit-il, un bandeau sur les yeux pour ne pas en être frappé » [34]. Voici l'essentiel de ce raisonnement qu'il ne fera que développer :

A Rome, la loi *Emptorem* permettait à l'acquéreur d'un immeuble loué d'expulser le fermier. Cette loi s'était maintenue dans l'Ancien Droit, et tous nos anciens auteurs, depuis les glossateurs jusqu'à Pothier, l'expliquaient en disant que le locataire, ou fermier, n'avait aucun droit dans la chose louée, mais qu'il bénéficiait simplement d'un droit de créance contre la personne du locateur, un « *jus ad rem* » [35]. Or, dans l'article 1743, les auteurs du Code civil ont abrogé la loi *Emptorem,* et inscrit une règle inverse ; l'acquéreur ne peut plus expulser le preneur. Et Troplong en conclut, dès les premières pages de son ouvrage, que le « bailliste », ayant un droit contre les tiers avec lesquels il n'a pas traité, a un droit réel sur la chose, c'est-à-dire un droit absolu [36].

Fidèle à la méthode exégétique, Troplong recherche dans les travaux préparatoires du Code civil relatifs à l'article 1743 des arguments en faveur de sa thèse. Mais, s'il peut découvrir quelques textes nettement favorables [37], il déclare qu'en général les auteurs du Code civil « ne semblent pas avoir bien su ce qu'ils allaient faire ». Et c'est inconsciemment, dit-il, qu'ils ont opéré une véritable « subversion ». Le Conseiller d'Etat de Mouricault justifiait, en effet, l'article 1743 du Code civil par le principe « qu'on ne peut transmettre à autrui plus de droit qu'on n'en a soi-même ». Mais s'il en est ainsi, conclut Troplong, c'est que le preneur a acquis un droit sur la chose que le bailleur ne peut transmettre [38].

33. Jozon, Revue Pratique, 1865, p. 358.
34. *Op. cit.*, n° 488.
35. V., *Supra*, n° 8.
36. *Op. cit.*, n° 5 et 12.
37. *Op. cit.*, n° 489. — V., Fenet, *Travaux préparatoires du Code Civil*, t. IV, p. 202.
38. *Op. cit.*, n° 489, 490, 491.

En somme, *Troplong justifie sa thèse par l'article 1743.* Cet article a rendu le bail opposable à tous ; il en a fait un droit absolu, un droit qui « suit la chose de main en main ». Et ce droit, « les jurisconsultes de tous les temps l'ont nommé un droit réel » [39].

19. L'argument de Troplong sera repris par tous ceux qui, de son temps, furent partisans de la théorie de la réalité. Bélime écrit notamment : « L'article 1743 a complètement métamorphosé la nature du droit du preneur. » [40].

Les auteurs qui, quelques années plus tard, soutinrent de nouveau la réalité, reprirent encore cet argument, mais ils l'intégrèrent dans une sorte de synthèse où ils tâchèrent de montrer que le droit du preneur réunissait tous les caractères du droit réel.

Selon la doctrine classique, le droit réel possède, en effet, deux avantages qui font défaut au droit de créance. Ce sont le droit de suite et le droit de préférence. Or, ces deux avantages, qui constituent en quelque sorte le critérium des droits réels, se retrouvent dans le droit du preneur. Tel est le raisonnement de ces auteurs.

Le droit de suite d'abord ne fait aucun doute. L'article 1743, sur lequel Troplong a longuement insisté, interdit à l'acquéreur d'expulser le preneur ; et tout le monde est d'accord pour reconnaître que cet article s'applique au donataire, au légataire et généralement à tout successeur à titre particulier. Le droit du preneur suit le bien en quelque main qu'il se trouve. Le locataire et le fermier ont donc un droit de suite à l'égard des tiers.

Mais ils ont aussi un droit de préférence à l'égard des créanciers du bailleur. Ce droit de préférence résulte de l'article 684 du Code de Procédure civile. Aux termes de cet article, « les baux qui n'auront pas acquis date certaine avant le commandement (de saisie) pourront être annulés si les créanciers ou l'adjudicataire le demandent ». Donc, et « a contrario », pourvu que son bail ait acquis date certaine avant le commandement, le preneur pourra l'opposer aux créanciers saisissants et à l'adjudicataire. Si le preneur était simple créancier du bailleur, il devrait, conformément à l'article 2093 du Code civil, subir la loi de l'égalité entre créanciers et concourir au prorata de sa créance avec tous les autres créanciers sur la masse des biens de son propriétaire. L'article 684 déroge à cette règle ; il crée donc un véritable droit de préférence au profit du preneur [41].

39. *Op. cit.*, n° 491.
40. Bélime, *op. cit.*, n° 309.
41. Cf., Jozon, *loc. cit.*

Ainsi, en présence de deux textes aussi formels, il n'est pas possible de dénier au preneur le droit de suite et le droit de préférence ; les adversaires de la réalité sont obligés de les lui accorder. Or, ces deux droits sont la caractéristique de tout droit réel. Il est donc nécessaire, si l'on veut être logique et ne pas bouleverser les catégories juridiques en cause, de considérer que le preneur a un droit réel.

Tels sont les arguments essentiels sur lesquels les auteurs, partisans du droit réel, ont bâti leur système. Tous les autres arguments qu'ils ont pu invoquer prennent à leurs yeux un aspect secondaire. Ils n'y font appel que d'une manière accessoire ou pour répondre aux critiques qui leur sont adressées par les défenseurs du droit personnel.

SECTION II

La théorie du droit personnel

20. C'est la théorie traditionnelle sur la nature du droit du preneur, la théorie classique ; celle qui a triomphé tant en doctrine qu'en jurisprudence, à tel point que jusqu'à ces derniers temps, on n'accordait plus à la théorie adverse du droit réel qu'une valeur historique. C'est ce que nous verrons après avoir rappelé les arguments sur lesquels s'appuie cette théorie.

§ 1

Les arguments invoqués

21. On peut distinguer deux séries d'arguments : les uns ont pour objet la critique de la doctrine de la réalité et la réponse aux raisons qu'elle invoque ; c'est la partie négative, la partie critique de la théorie. Les autres constituent la partie positive et ont pour objet la démonstration directe du droit personnel.

22. Nous rappellerons brièvement la *partie critique* de cette théorie [42].

En ce qui concerne les travaux préparatoires du Code civil et la volonté du législateur que l'on y recherche, il ne saurait y

42. Voir sur ce point Dugast, *op. cit.*, p. 103 et s.

avoir aucun doute. Les auteurs du Code ont maintenu la tradition ; nulle part, ils n'ont manifesté clairement leur volonté de changer la nature du droit du preneur. S'ils avaient voulu apporter une telle innovation, ils l'auraient dit. Ils ont, au contraire, emprunté la plupart des textes de la matière, et notamment la définition du contrat de louage, à Pothier qui n'accordait au preneur qu'un droit personnel.

Quant aux articles 1743 du Code civil et 684 du Code de Procédure civile, ils n'ont fait que consacrer des solutions qui s'étaient généralisées dans l'Ancien Droit et étaient devenues de véritables clauses de style [43]. D'autre part, ajoutent les personnalistes, il n'est nullement nécessaire de recourir au droit réel pour expliquer ces articles ; ils sont entièrement conciliables avec la théorie du droit personnel ; et de fait ces auteurs ont proposé plusieurs explications qui rendent compte de ces articles dans le cadre du droit personnel [44].

23. Les partisans du droit personnel apportent ensuite une série d'arguments qui constituent la *partie positive* de leur thèse. Ce sont tous des *arguments de texte* tirés de l'analyse et de l'interprétation des articles du Code civil.

L'argument le plus puissant, le plus décisif, selon eux, celui qu'ils ont en général mis au premier plan de leur discussion, est celui qu'ils tirent de l'interprétation de *l'article 1709* du Code civil. Cet article définit en effet le louage « un contrat par lequel l'une des parties s'oblige à faire jouir l'autre d'une chose pendant un certain temps ». Ils insistent sur les mots employés par le législateur « s'oblige à faire jouir ». Ils en concluent que le louage ne met à la charge du bailleur qu'une obligation de faire. Ils comparent cette expression avec celle employée par l'article 578 du Code civil qui définit l'usufruit comme un « droit de jouir ». La volonté du législateur est donc claire, concluent-ils ; le preneur n'a pas le droit de jouir ; il n'a donc aucun droit sur la chose ; il ne peut que s'adresser au bailleur pour que celui-ci le fasse jouir. Demolombe résume bien l'opinion des personnalistes lorsqu'il écrit : « L'article 1709 est exclusif d'un rapport direct et immédiat entre le preneur et la chose. » [45].

Cet argument est aux yeux de certains auteurs si important qu'ils le considèrent comme le seul vraiment probant. Les autres

43. V., Dugast, *op. cit.*, p. 39 et s., notamment p. 46, 53 et s.
44. V., *infra*, n° 132 et s.
45. Demolombe, t. IX, n° 493.

arguments tirés des textes étant pour eux superflus et nullement décisifs [46].

En effet, on ajoute, en général, à l'article 1709, les articles 1719, 1720 et 1721 du Code civil qui précisent les obligations auxquelles est tenu le bailleur envers le preneur. Le droit réel, disent les personnalistes, étant un rapport direct entre une personne et une chose, existe indépendamment de toute obligation spéciale d'une personne envers une autre. Si le preneur avait un droit réel, le bailleur ne serait tenu d'aucune obligation positive envers lui, il n'aurait qu'à respecter sa jouissance.

24. Mais c'est surtout *l'article 1727* du Code civil que l'on invoque comme second argument, et qui paraît, lui aussi, décisif aux yeux de certains personnalistes [47]. Aux termes de cet article, le preneur, troublé dans sa jouissance par un tiers qui invoque un droit sur la chose, est tenu d'appeler le bailleur en garantie et doit, s'il l'exige, être mis hors de cause. « Cette disposition est incompatible avec l'idée d'un droit réel », disent MM. Ripert et Boulanger [48]. Car si le preneur avait un tel droit sur la chose, il aurait qualité pour s'opposer lui-même à la prétention du demandeur.

25. Les personnalistes invoquent d'autres *arguments, d'importance secondaire,* mais qui n'en sont pas moins selon eux, des manifestations et des conséquences directes du caractère personnel du droit du preneur. Nous ne discuterons pas, pour l'instant, la valeur de ces arguments ; nous nous bornerons à les exposer brièvement.

Tout d'abord, il faut remarquer que le preneur ne peut hypothéquer son droit ; la jurisprudence, d'autre part, lui refuse le bénéfice des actions possessoires. Voilà, dit-on, autant de prérogatives qui ne sont accordées qu'aux titulaires de droit réel et sont incompatibles avec le droit personnel du preneur.

On invoque également les articles 1429 et 1430 du Code civil relatifs aux baux faits par le mari sur les biens de sa femme et applicables à ceux passés par un tuteur, l'article 595 qui règle le sort des baux faits par l'usufruitier, et l'article 1673 qui vise les

46. V., notamment, Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Du contrat de louage,* 3e éd., vol. 1, n° 685.

47. Demante et Colmet de Santerre, n° 198 *bis,* § 41. — Aubry et Rau, t. V, 6e éd., par Paul Esmein, § 365, note 7. — Planiol, Ripert et Perreau, t. X, p. 674. — Ripert et Boulanger, t. II, n° 2667.

48. Ripert et Boulanger, t. II, n° 2667.

baux conclus par un acquéreur à pacte de rachat. Dans tous ces cas, les baux peuvent survivre aux pouvoirs de celui qui les a conclus. Les baux passés par le mari, le tuteur ou l'usufruitier sont valables un certain temps après la dissolution de la communauté, ou après la fin de la tutelle ou de l'usufruit. Ceux faits par l'acquéreur à pacte de rachat sont également opposables au propriétaire qui a exercé le réméré. Si le droit du preneur est un droit réel, disent les personnalistes, comment expliquer que des personnes qui n'ont pas de droit réel, — tuteur ou mari —, ou qui l'ont perdu rétroactivement, — acquéreur à réméré —, puissent en constituer un ? Comment, d'autre part, l'usufruitier pourrait-il constituer un droit réel qui survive au sien propre ?

On remarquera, au passage, la fragilité de ce dernier argument. En effet, si l'analyse du droit du preneur en un droit de créance peut sembler plus compatible avec les droits d'un administrateur de biens d'autrui, on ne voit pas pourquoi il serait plus rationnel de décider qu'un usufruitier a la possibilité de rendre le nu-propriétaire débiteur des obligations du bail, plutôt que de considérer que cet usufruitier peut constituer un droit réel opposable au nu-propriétaire.

26. Cette simple remarque montre combien les arguments invoqués sont loin d'avoir tous la même valeur.

En somme, la doctrine personnaliste s'appuie essentiellement sur deux arguments qui mettent en relief les obligations du bailleur : obligation de procurer la jouissance et obligation de garantir cette jouissance [49]. Envisagé du point de vue de la situation du preneur, le raisonnement de la théorie du droit personnel peut se résumer ainsi : le preneur n'a pas un droit direct de jouissance sur la chose louée ; il ne peut que demander au bailleur de lui procurer cette jouissance (art. 1709, 1719, 1720, 1721 du Code civil), et de la garantir si elle est troublée (art. 1727).

49. Les auteurs, nous l'avons vu, ne sont pas d'ailleurs d'accord sur l'importance respective de ces deux arguments. Les uns donnent la préférence à celui tiré de l'article 1727 (Aubry et Rau, t. V, 6e éd., par Paul Esmein, *loc. cit.* — Planiol, Ripert et Perreau, *loc. cit.*), tandis que d'autres considèrent comme seul décisif l'article 1709 (Baudry, Lacantinerie et Wahl, *loc. cit.*).

Pour une théorie de la personnalité du droit du preneur identique à la théorie classique française et fondée comme elle sur « l'obligation de faire jouir » imposée au bailleur, voir en Italie, Vittorio Polacco, *Le obbligazioni*, 2e éd., Roma, 1915, p. 38.

§ 2

Le triomphe de cette théorie

27. On peut dire que la théorie du droit personnel n'a jamais été franchement abandonnée par la *jurisprudence*. Expressément consacrée par la Cour de Cassation en 1865, elle a été depuis lors considérée comme une solution acquise et n'a guère donné lieu à discussion.

Certes, la doctrine de la réalité trouva très tôt un certain écho dans les décisions judiciaires. Dès 1808, on trouve des arrêts qui, sans proclamer expressément le caractère réel du droit du preneur, semblent favorables à cette idée [50]. Cependant, ces décisions, où l'on a pu voir l'influence de Merlin [51], restent isolées, et, pendant la première moitié du XIX[e] siècle, on peut dire que la grande majorité des arrêts consacrent la doctrine traditionnelle du droit personnel [52].

Il faut attendre la seconde moitié du XIX[e] siècle et l'influence de Troplong pour discerner dans la jurisprudence un courant nettement favorable à la théorie de la réalité [53]. Mais cette période ne marque pas, pour autant, un abandon complet de la théorie du droit personnel. Plusieurs arrêts continuent de nier le caractère réel du droit du preneur [54], et la Cour de Cassation intervient elle-même pour consacrer des solutions conformes au caractère personnel de ce droit [55].

Puis, c'est, en 1861 [56], pendant la présidence de Troplong, une nouvelle condamnation de la théorie de la réalité par la Chambre des Requêtes de la Cour de Cassation. La même solution est donnée en 1865 par la Chambre civile [57]. Et, depuis lors, les décisions

50. Paris, 16 février 1808 : S. chr. — Bruxelles, 3 avril 1811 : S. chr. — Dijon, 21 avril 1827 : S. 1827.2.116. — Et surtout : Req., 16 nov. 1825 : D. 1825.1.456.

51. Cf., Daïnow, *op. cit.*, p. 78.

52. V., Dugast, *op. cit.*, p. 145. — Nîmes, 24 déc. 1827 ; S. 1828.2.271. — Caen, 24 janvier 1848 : D. 1849.2.254 ; S. 1849.2.533. — Req., 14 nov. 1832 : S. 1833.1.32.

53. Trib. civ., Saint-Amand, 31 juillet 1851 ; D. 1853.2.31 ; S. 1852.2.638. — Rouen, 30 juillet 1855 : D. 1857.2.33 ; S. 1856.2.565. — Paris, 24 juin 1858 ; D. 1859.2.217 ; S. 1859.2.146. — Paris, 29 mars 1860 : D. 1860.2.185, note Ch. Royer ; S. 1860.2.122. — Paris, 8 juillet 1861 : D. 1861.2.196 ; S. 1862.2.274. — Chambéry, 28 novembre 1862 : D. 1863.2.67 ; S. 1863.2.221. — Paris, 12 mars 1863 : S. 1863.2.221. — Voir Dugast, *op. cit.*, p. 149-155. —

54. Bourges, 27 février 1852 : D. 1853.2.31 ; S. 1852.2.638, infirmant le jugement du Tribunal de Saint-Amand cité à la note précédente. — Grenoble, 4 janvier 1860 : D. 1860.2.191.

55. Civ., 16 août 1854 : D. 1854.1.273.

56. Req., 6 mars 1861 : D. 1861.1.418 ; S. 1861.1.713.

57. Civ., 21 février 1865 : D. 1865.1.133 ; S. 1865.1.113.

ont considéré le caractère exclusivement personnel du droit du preneur comme un principe définitivement acquis [58] ; elles se bornèrent à le rappeler et à en tirer les conclusions. Et l'on ne pouvait plus citer, comme s'inspirant de la réalité du droit du preneur, que deux décisions du Tribunal civil de la Seine [59] qui, en 1901, manifestait encore son attachement à « l'ancienne théorie de Troplong » [60], ou essayait de remettre en doute la théorie couramment acceptée, mais qui, aux yeux de certains, paraissait peut-être contenir une certaine contradiction avec les faits.

28. Le triomphe de la théorie de la personnalité du droit du preneur fut aussi large et aussi certain en *doctrine* qu'en jurisprudence. Il n'est pas question d'établir ici la liste de tous les auteurs qui ont défendu ou accepté cette théorie ; il sera d'ailleurs beaucoup plus simple d'indiquer les rares « dissidents » qui, après Troplong et ses adeptes, ont essayé de s'y opposer.

La théorie du droit personnel avait, en effet, acquis une position tellement forte que les discussions sur la nature du droit du preneur pouvaient être considérées comme closes, et qu'on ne paraissait plus accorder qu'un intérêt historique aux controverses soulevées par Troplong. M. Laborde-Lacoste pouvait écrire, en 1916, que la théorie du droit réel était « définitivement écartée » et que « nul ne contestait plus le caractère personnel du droit du preneur » [61]. Et, quelques années plus tard, Bonnecase n'hésitait pas à dire que « les discussions engagées autour de la nature du droit du preneur revêtaient une allure désuète ». Cependant, il ajoutait aussitôt : « Cela n'empêche pas les auteurs les plus modernes de formuler encore quelque étonnement du caractère personnel du droit du preneur. » [62].

58. Civ., 17 décembre 1867 : D. 1867.1.486 ; S. 1868.1.26. — 18 juin 1880 : S. 1880.1.456. — Req., 11 avril 1892 : S. 1892.1.433, note L. Labbé. — Civ., 19 juillet 1893 : S. 1894.1.241, note Wahl. — 14 mai 1918 : D. 1918.1.53. — 20 juillet 1920 : D. 1922.1.57. — Req., 4 mai 1925 : D. 1925.1.141. — Lyon, 1er juillet 1881 : D. 1882.2.231 ; S. 1883.2.212. — 30 juillet 1881 : S. 1882. 2.232. — Toulouse 29 novembre 1915 : D. 1917.1.87. — Dijon, 8 décembre 1925 : D. 1927.2.111. — Et plus récemment, voir : Trib. civ. Meaux, 30 juillet 1947 : J.C.P. 1948.II.4351. — Aix, 23 février 1948 : J.C.P. 1948.II.4270. — Trib. civ., Lyon, 29 avril 1948 : J.C.P. 1948.II.4557. — 25 avril 1949 et Trib. civ., Rennes, 2 mai 1949 : J.C.P. 1949.II.5171. — Paris, 3 novembre 1949 : D. 1949.J.577. — Trib. civ., Pau, 8 novembre 1949 : J.C.P. 1950.II.530. — Trib. civ., Lyon, 31 janvier 1950 : J.C.P. 1950.II.5626. — Comp., Civ., 14 décembre 1949 : D. 1950.S.39.

59. Trib. civ., Seine, 23 janvier 1885 : D. Jur. Gén. Sup., v° Louage, n° 282. — 20 juin 1901 : D. 1902.2.379.

60. Cf., note au D. 1902.2.379.

61. Laborde-Lacoste, *Essai sur la notion d'ayant-cause à titre particulier en droit privé français*, thèse Bordeaux, 1916, p. 210.

62. Bonnecase, *La condition juridique du créancier chirographaire*, Rev. trim. dr. civ., 1920, p. 131.

29. Cette observation traduit bien l'état réel de la doctrine. On n'ose guère attaquer de front la solution devenue classique, mais on manifeste des doutes ou des inquiétudes sur son opportunité, voire sur sa valeur.

Les *oppositions catégoriques* à la théorie du droit personnel furent en effet très rares. Dans la période du XX^e^ siècle qui a précédé la deuxième guerre mondiale, on ne trouve plus dans la doctrine française que deux auteurs qui aient nettement affirmé ou défendu le caractère réel du droit du preneur. En 1905, de Vareilles-Sommières ose écrire : « Pour nous, le droit du fermier, du locataire, est à l'évidence un droit réel. » [63]. Et le doyen Maxime Chauveau défend, en 1931, la même conception dans son article : « Classification nouvelle des droits réels et personnels » [64]. Mais ces auteurs placent la discussion sur un tout autre terrain que celui choisi par Troplong. Ils ne partent plus de l'analyse du contrat de louage et des rapports nés de ce contrat. C'est à la notion de droit réel elle-même qu'ils s'attaquent ; c'est en partant de conceptions nouvelles sur la distinction des droits réels et des droits personnels qu'ils établissent le caractère réel du droit du preneur.

En revanche, de plus en plus nombreux étaient ceux qui manifestaient quelque *doute* ou quelque inquiétude devant une théorie qui, au fur et à mesure que de nouvelles lois venaient renforcer la position du locataire, leur paraissait de plus en plus en contradiction avec les faits [65]. Ces inquiétudes, voire ces réticences, de la doctrine devant la théorie du droit personnel, M. Pierre Raynaud les a clairement soulignées et en a parfaitement indiqué les raisons dans son étude sur « Le contrat de location d'un fonds de commerce » : « On a beau dire, écrit-il, que le locataire n'a aucun droit sur la chose, on est bien obligé de reconnaître qu'il a le droit de s'en servir à son profit..., et il est alors assez malaisé de discerner ce qui reste au propriétaire de ses droits sur le fonds, si ce n'est une sorte de propriété platonique et ne conférant aucune des prérogatives, en pratique, les plus utiles de la propriété, puisque l'*usus* et le *fructus* doivent être respectés entre les mains d'un autre. Il ne faut pas exagérer le caractère purement person-

63. De Vareilles-Sommières, *La définition de la notion juridique de la propriété*, Rev. trim. dr. civ., 1905, p. 456, n° 1.
64. Rev. crit., 1931, n° 23 et s.
65. V., Beudant, Lerebours-Pigeonnière et Brèthe de la Gressaye, n° 533, 539, 546. — Planiol, Ripert et Perreau, n° 548. — Ripert et Boulanger, t. I, n° 2709, t. II, n° 2668 et 2669. — Voirin, Rev. trim. dr. civ., 1930, p. 291. — Saint-Alary, Rev. trim. dr. civ., 1947, p. 268. — De Juglart, thèse Bordeaux, 1937, p. 316. — Ibéro, thèse Toulouse, 1940, p. 14.

nel du droit du preneur dans le louage ordinaire. Sans doute, en dehors de l'article 1743, ne peut-il opposer son droit aux tiers, mais il reste qu'il a, sinon la possession, au sens complet du terme : possession *animo domini*, du moins une possession précaire, une possession imparfaite, une possession *animo locatoris*, qui est tout de même, il faut le reconnaître, un droit sur la chose. » [66].

30. Les modifications continuelles qui furent apportées à la législation des loyers depuis la guerre de 1914 ne firent que renforcer cet état d'esprit de la doctrine. Inspirées par des considérations parfois fort diverses, les lois modernes eurent pour résultat pratique d'accroître les droits du preneur sur la chose louée. La dissociation entre les faits et la théorie du droit personnel se faisait ainsi de plus en plus sentir.

Sans s'attaquer directement à la théorie classique, les auteurs se demandaient si les nouveaux droits accordés aux locataires ne revêtaient pas un certain caractère réel. On posait déjà la question pour les prorogations accordées aux locataires de locaux d'habitation [67]. Les lois dites « sur la propriété commerciale » provoquèrent les mêmes réflexions [68], et l'on n'hésita pas à affirmer que le droit au renouvellement des baux commerciaux pouvait constituer un droit réel [69].

Mais il fallut attendre le vote du statut des baux ruraux, l'octroi illimilité du maintien dans les lieux au locataire de locaux d'habitation, et les prorogations successives — en attendant sans doute le renouvellement obligatoire — des baux commerciaux, pour que l'on parlât d'une transformation de la nature du droit du preneur, pour que l'on osât dire que ce droit prenait les caractères d'un droit réel. Ainsi, *rompant avec la tradition classique et historique, le législateur moderne aurait transformé la nature du droit du preneur.* Sans prononcer expressément cette transformation, il aurait donné au droit du preneur des caractères tels que ce droit se présenterait désormais comme un droit réel.

C'est exactement le raisonnement que faisait Troplong au lendemain du Code civil.

Quels sont donc les éléments nouveaux du droit au bail qui permettent de donner cette nouvelle vigueur à la thèse de Troplong ?

66. Rev. crit., 1936, p. 556.
67. Cf., Daïnow, *op. cit.*, p. 93 et s.
68. Cf., Demontès, *La propriété commerciale*, Rev. crit., 1928, p. 576 et s. — J. Milhaud, *Essai sur le fondement juridique des lois sur la propriété commerciale*, thèse, Toulouse, 1935, p. 71 et s.
69. J. Milhaud, *op. cit.*, n° 111, p. 126.

Ces éléments ont-ils enlevé toute valeur aux arguments qui avaient fait triompher la théorie du droit personnel ? Y a-t-il eu vraiment transformation du droit et à quels indices reconnaît-on cette transformation ? Ou bien, ne faut-il voir dans ces nouveaux caractères du droit au bail qu'une nouvelle manifestation, une nouvelle preuve de la non-conformité de la théorie classique avec la situation et les pouvoirs effectifs du preneur ? Et, en ce cas, ne conviendrait-il pas de repenser cette théorie classique, à la lumière de la législation moderne, en analysant de nouveau le contrat de louage et les rapports qui naissent de ce contrat ?

Telles sont les questions que l'on est en droit de se poser devant l'état actuel de la doctrine sur la nature juridique du droit du preneur à bail.

TITRE I

LA LEGISLATION MODERNE DES BAUX ET LA NATURE JURIDIQUE DU DROIT DU PRENEUR

31. C'est au lendemain de l'élaboration du statut des baux ruraux que le problème de la nature juridique du droit du preneur a été de nouveau posé de la façon la plus nette. Dans une remarquable chronique sur « la nature juridique et les caractères nouveaux du droit à un bail rural », M. R. Savatier a clairement indiqué l'influence des nouvelles prérogatives, accordées au preneur d'un bail rural, sur la classification de ce droit au sein de la distinction des droits réels et personnels. Il a montré comment ces nouveaux pouvoirs en renforçant les droits du preneur sur le bien loué, tant à l'égard du bailleur qu'à l'égard des tiers, « acheminaient le droit au bail vers la notion de droit réel » [1].

Le même problème se pose pour les baux de locaux d'habitation ou à l'usage professionnel. La loi du 1er septembre 1948, en substituant à un régime de prorogation, que l'on qualifiait d'exception et que l'on prétendait provisoire, mais qui durait depuis plus de vingt ans, un système de maintien illimité dans les lieux, a donné au droit du locataire une puissance nouvelle. Certes, les pouvoirs qui sont accordés à ce locataire sont, dans leur ensemble, moins étendus que ceux attribués au fermier, mais cette possibilité de maintien illimité dans les lieux donne à son droit une force et une stabilité qui le rapprochent fortement des droits réels.

Le locataire commerçant pourrait paraître aujourd'hui le plus

1. R. Savatier, D., 1946, chron., 41. — Comp., R. Savatier, *La législation nouvelle des baux ruraux*, n° 10, p. 23 ; *Manuel juridique des baux ruraux*, n° 17 ; *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*, n° 180, 191 à 194.

défavorisé après avoir été le premier à bénéficier des faveurs du législateur. La législation de base, en ce qui le concerne, est encore celle du 30 juin 1926 qui n'a accordé au preneur qu'un droit de renouvellement facultatif de son bail ; le bailleur demeure libre de refuser le renouvellement, sauf à payer, sous certaines conditions, une indemnité ; et on a pu en conclure que ce droit au renouvellement n'était qu'une créance contre le propriétaire où n'apparaissait aucun caractère permettant de rapprocher le droit du preneur des droits réels. Mais, si ce système est toujours en vigueur, son application est paralysée par le jeu des prorogations légales qui se succèdent depuis 1946. Et, chose curieuse, ces prorogations qui sont automatiques et qui excluent tout droit de reprise, donnent en fait au locataire commerçant une situation privilégiée et plus avantageuse que celle des autres locataires [2]. Nous convenons bien que cette situation est provisoire et liée au maintien des prorogations, mais l'on peut affirmer sans crainte d'être démenti que celles-ci seront maintenues et renouvelées jusqu'à ce que soit votée la nouvelle loi, actuellement en discussion, qui doit régir les rapports entre bailleurs et preneurs de locaux à usage commercial ou industriel, loi par laquelle on semble vouloir accorder au locataire un droit au renouvellement obligatoire simplement tempéré par des cas de reprise expressément déterminés.

Ainsi, dans tous les domaines, les locataires ont acquis de nouveaux droits qui ont considérablement renforcé leur emprise sur la chose louée en même temps que diminuaient les prérogatives et les pouvoirs qui étaient conservés par le propriétaire-bailleur, ou qui lui étaient laissés. Ce sont ces nouveaux droits accordés au preneur qu'il nous faut analyser et dont il nous faut préciser les caractères et la nature avant de pouvoir apprécier s'ils sont inconciliables avec le maintien de la théorie du droit personnel, s'ils entraînent une véritable transformation dans la nature du droit du preneur.

2. Cf., A. Jauffret, *Les éléments nouveaux du fond de commerce*, dans les Etudes offertes à Georges Ripert, t. II, p. 41.

CHAPITRE I

Les caractères des nouveaux droits des preneurs

SECTION I

Les baux ruraux (1)

32. L'ordonnance du 17 octobre 1945, complétée et modifiée par la loi du 13 avril 1946, constitue ce qu'il est convenu aujourd'hui d'appeler, et ce que le législateur dénomme lui-même, le « statut » du fermage et du métayage. Ces textes ont effectué dans les rapports entre propriétaires-bailleurs et preneurs de biens ruraux, tels que les avait organisés le Code civil, une véri-

1. La littérature juridique des baux ruraux s'est considérablement développée ces dernières années. L'application des nouveaux textes a donné lieu à de multiples difficultés qui ont provoqué de nombreux procès. Les décisions judiciaires, les études doctrinales et jurisprudentielles se sont multipliées. Elles n'ont plus trouvé une place suffisante dans les recueils ordinaires. Et non seulement des ouvrages, mais aussi des revues, spécialisées, leur sont aujourd'hui consacrées. Voir, notamment, les commentaires ou études d'ensemble suivants : G. Ripert, *Le statut du fermage. Du droit contractuel au droit de l'entreprise*, D., 1946, chr., p. 1. — R. Savatier, *La nature juridique et les caractères nouveaux du droit à un bail rural*, D., 1946, chr., p. 41 ; commentaire de l'ordonnance du 17 octobre 1945, Lois Nouv., 1946, I, 29 et 169. — P. Esmein, *Le statut du fermage (Ord. du 17 octobre 1945)*, Gaz. Pal., 1945, 2, Doc., 59 ; *Le statut des baux ruraux (Loi du 13 avril 1946)*, Gaz. Pal., 1946, 1, Doc., 85. — H. Desbois, Commentaires, D. 1946.L.109 et 277. — P. Chauveau, *Le statut du fermage d'après l'ordonnance du 17 octobre 1945*, J.C.P. 1946.I.489. — R. Saint-Alary, *La réforme du métayage (Loi du 13 avril 1946)*, J.C.P. 1946.I.551. — Boitard et Pochon, *Commentaires*, S. 1946.4.497. — Lefas, *Commentaire explicatif de la loi du 13 avril 1946 sur le fermage et le métayage*, 2e éd., 1946. — Guy Flattet, *Le récent statut des baux ruraux en France*, Leçon inaugurale à l'Université de Lausanne, 1946. — Et les ouvrages spécialisés : R. Savatier, *La législation nouvelle des baux ruraux*, 1946 ; *Manuel juridique des baux ruraux*, 1947 et 1952. — P. Ourliac et M. de Juglart, *Fermage et métayage dans législation récente*, 3e éd., 1951. — Delobel, Marie-Cardine et Fortin, *Le nouveau régime des baux ruraux et des aliénations de biens ruraux*. — J. Giffard, *Code annoté des baux ruraux et des tribunaux paritaires*, 1948. — Flaugères, *Les baux ruraux*. — Revue du Fermage, J-Cl., Baux, II, Baux ruraux.

table révolution dont les prémisses étaient perceptibles depuis déjà longtemps [2].

Dès 1912 [3], la proposition de loi Turmel et Le Rouzic visait à retirer au bailleur le droit de congédier son fermier, sauf pour reprendre personnellement l'exploitation [4]. Ce projet ne vint pas en discussion, mais plus tard et à deux reprises, la Chambre des Députés vota des textes qui accordaient aux fermiers, à défaut d'un renouvellement du bail, une indemnité pour les plus-values ou améliorations apportées au fonds. Ce fut d'abord l'objet de la proposition de loi Jadé déposée en 1925 et votée le 25 mars 1928. Puis, le 21 mai 1937, la Chambre du Front Populaire vota à une forte majorité un nouveau texte, résultat d'une série de projets de réforme qui donnèrent lieu au rapport de M. René Nicod [5]. Mais aucun de ces textes ne vint en discussion ou n'aboutit devant le Sénat. Et la guerre de 1939 arriva sans que les fermiers et métayers aient obtenu la consécration des réformes qu'ils réclamaient depuis si longtemps et donc l'échec fut peut-être dû au manque de puissance ou d'activité de leurs syndicats ou groupements [6].

Sous le gouvernement de Vichy, les travaux de réforme des baux ruraux furent pris en main par l'Organisation corporative agricole. Le 10 juillet 1941, la Commission nationale d'Organisation corporative publia un avant-projet qui consacrait le droit au renouvellement du bail et accordait au preneur un droit de préemption [7]. Ce projet ne reçut qu'une consécration partielle dans une série de textes postérieurs. Tout d'abord, la loi du 15 juillet 1942, instituant en faveur du fermier une indemnité de plus-value [8], mais surtout, les trois « actes dits lois » du 4 sep-

2. Cf., Ourliac et de Juglart, *op. cit.*, n° 2 et s. — Octave Bajeux, *Vers la propriété culturale. Le problème du fermage et son évolution*, thèse, Lille, 1945, p. 109 à 157. — Boudriot, *Le droit au renouvellement du bail*, thèse dact., Paris, 1949, p. 160-164.

3. La réforme du fermage fut même soulevée en 1848 par le dépôt d'une proposition de loi tendant à la reconnaissance de l'indemnité de plus-value au profit du fermier (proposition Pézerat, 30 octobre 1848). — V., Bajeux, *op. cit.*, p. 104.

4. J.O., Doc. Parl., Ch. des Dép., session ord. 1912, n° 1653.

5. J.O., Doc. Parl., Ch. des Dép., 1937, n° 2124.

6. Cf., Vitu, *Propriété commerciale et propriété culturale. Etude comparée de deux législations protectrices des preneurs à bail*, Rev. trim. dr. civ., 1946, p. 277. — Voir, G. Ziegel, *Le droit d'un contractant à la plus-value créée par lui en dehors des stipulations du contrat*, thèse, Paris, 1939, p. 114 s.

7. V., Ourliac et de Juglart, *op. cit.*, n° 5, p. 3. — Verschave, *Le projet corporatif de statut du fermage*, dans Etudes agricoles d'économie corporative, octobre 1941.

8. V., commentaires de M. P. Esmein, Gaz. Pal., 1942.2., Doc., 39 ; et de M. Voirin, D.C. 1943.L.20.

tembre 1943 [9] qui organisèrent la première réforme d'ensemble du bail à ferme ; cette réforme était marquée par l'emprise de la Corporation paysanne, emprise qui se manifestait notamment par l'organisation de juridictions spéciales pour régler les différends entre bailleurs et preneurs [10] ; quant aux autres dispositions essentielles, elles visaient à stabiliser la situation du fermier et avaient trait à la conclusion, la durée et la reconduction du bail, et à la fixation du fermage.

Les trois lois du 4 septembre 1943 furent abrogées à la Libération, mais leurs principales dispositions furent reprises dans trois ordonnances du Gouvernement provisoire : l'ordonnance du 4 décembre 1944 relative aux Commissions paritaires ; l'ordonnance du 3 mai 1945 sur la stabilisation des fermages, et enfin l'ordonnance du 17 octobre 1945 qui porte le titre de « statut juridique du fermage » et qui contient les principales mesures améliorant la situation des fermiers. Cette ordonnance a été profondément modifiée, et complétée, par la loi du 13 avril 1946, qui a accentué l'emprise du preneur sur le fonds et accru la stabilité de son droit. De nombreuses lois ont ensuite été votées pour apporter des modifications sur des points particuliers. Mais aucune d'elles n'a diminué les nouveaux pouvoirs accordés aux preneurs ; bien au contraire, la plupart sont intervenues dans un sens nettement favorable à ces derniers, soit en mettant des conditions plus rigoureuses à l'exercice du droit de reprise du propriétaire [11], soit en étendant le bénéfice du statut à des baux auxquels il avait été refusé [12]. Et, si dans ces dernières années on a pu discerner dans les esprits et dans la jurisprudence un certain retour à des conceptions plus libérales [13], l'étude d'une nouvelle réforme par la dernière législature a permis à une fraction importante du Parlement de rappeler l'esprit de la législation de 1945 et 1946, tout en manifestant le désir d'en accentuer la tendance [14].

9. J.O., 8 septembre 1943, p. 2365 et s. — V., P. Esmein, Gaz. Pal., 1943.2., Doc., p. 52 et 58. — Baudin, J.C.P. 1943.I.381. — R. Savatier, Lois Nouvelles, 1944, I, p. 26. — Voirin, D.C. 1944.L.21 et 33. — Ourliac et de Juglart, *op. cit.*, n° 6, p. 3.

10. V., P. Verschave, *Les pouvoirs de la Corporation Paysanne dans le nouveau régime des baux ruraux*, Droit social, 1944, p. 13.

11. V., L. 9 avril 1947, tendant à interpréter l'article 33 du statut : D. 1947.L.153 et 217, com. H. Desbois. — L. 5 septembre 1947, relatif à l'application de l'article 34 du statut : D. 1947.L.378 et 457, com. H. Desbois. — Comp., L. 30 août 1947 modifiant l'article 24 du statut.

12. V., L. 16 septembre 1947, pour les baux à domaine congéable : J.O., 17 septembre, p. 9311, D. 1947.L.389. — L. 28 novembre 1947, pour les baux d'élevage agricole : J.O., 29 novembre, 11782, D. 1947.L.454.

13. V., Conseil économique, rapport de M. Fromont.

14. Cf., Rapport de M. Lamarque-Cando, au nom de la Commission de l'Agriculture, J.O., Doc. parl., session 1950, n° 10687. — Voir toutefois le

33. Le but avoué que s'était proposé le législateur de 1945 était analogue à celui qu'avait recherché le Gouvernement de Vichy. Il s'agissait « d'assurer un meilleur rendement des biens ruraux » [15], une meilleure exploitation agricole. C'était donc la satisfaction d'un intérêt général qui en définitive était poursuivi. Mais, pour atteindre ce but, le législateur a estimé que « la condition essentielle » était de stimuler le zèle des exploitants, de les encourager, et les intéresser à une meilleure exploitation, et, pour cela, de « stabiliser leur situation » sur le fonds [16].

Finalement, sous couvert d'un intérêt général, la réforme s'est traduite en fait par la protection des intérêts particuliers des preneurs. On a pu ainsi dénoncer l'esprit unilatéral de la législation nouvelle [17]. Et, si certaines mesures sont peut-être inspirées par le désir de maintenir et de développer une certaine communauté d'intérêt entre bailleurs et preneurs [18], la plupart des dispositions nouvelles sont destinées à stabiliser le plus possible la situation du preneur sur le fonds loué. Ainsi, l'ordonnance fixe une durée minimum du bail à ferme ; elle accorde au preneur un droit de renouvellement automatique et obligatoire, un droit à indemnité pour les améliorations culturales, les plantations ou constructions, enfin, au cas de vente, un droit de préemption.

La loi du 13 avril 1946 n'a fait qu'accentuer cette tendance. Nettement favorable aux preneurs, elle cache mal, parfois, une certaine hostilité de principe envers les propriétaires. Le Ministre de l'Agriculture de l'époque n'a pas hésité à affirmer, dans une phrase que l'on a pu estimer injurieuse pour l'immense majorité des fermiers et métayers, que cette loi « constituait une véritable libération de ces fermiers et métayers, au point de vue de la dignité humaine, sur le plan humain » [19]. La protection

rapport supplémentaire du 26 décembre 1950 : Doc. parl., n° 11768. — Sur ces projets, les besoins et les conditions d'une réforme éventuelle, voir R. Savatier, Rev. de législation agricole, septembre 1950, p. 137 ; *Fermage et métayage : bilan économique et social, technique réformatrice*, collection Droit Social, XXXVII, novembre 1950, p. 26-37.

15. Cf., J.O., 18 octobre 1945, exposé des motifs, p. 6614.

16. *Ibid.* — Comp., H. Desbois, D. 1946.L.109. — P. Esmein, Gaz. Palais, 1945, 2, Doc., p. 59.

17. R. Savatier, *Législation nouvelle...*, n° 6.

18. Cette communauté d'intérêt se manifesterait dans l'ordonnance de 1945, d'une part, par la création d'un fonds commun pour l'habitat rural qui devait être alimenté par les deux parties, d'autre part, par la coopération des bailleurs et preneurs au sein des juridictions et commissions paritaires. Cf., H. Desbois, D. 1946.L.110. Mais il faut bien reconnaître que cette tendance est contredite par la possibilité de conversion obligatoire du métayage en fermage, qui tend à faire disparaître la forme de bail rural dans laquelle la communauté d'intérêt était la plus poussée.

19. Cf., R. Savatier, *Législation nouvelle...*, n° 6. — V., J.O., 31 mars 1946, Déb. parl., séance du 30 mars 1946, p. 1319, col. 2.

des intérêts particuliers des preneurs était passée au premier plan. Et M. Paul Esmein a pu écrire, avec raison, que, si « les réformes de 1945 pouvaient être justifiées comme étant de nature à améliorer le rendement de l'agriculture française, celles de 1946 sont d'inspiration nettement socialiste ; elles tendent à amoindrir la situation du capitaliste terrien » [20]. En fait, la loi nouvelle a encore renforcé la situation du preneur : d'une part, elle a accru la stabilité de son droit en fixant des conditions plus rigoureuses au droit de reprise du propriétaire ; d'autre part et surtout, elle a renforcé l'emprise du preneur sur le fonds loué en lui accordant le droit de modifier l'état des lieux, d'échanger ou sous-louer certaines parcelles, de chasser.

Ainsi, *la réforme des baux ruraux s'est traduite par un accroissement considérable des pouvoirs du preneur.* Cet accroissement apparaît tout d'abord en ce qui concerne la maîtrise de la chose ; on a pu dire que cette maîtrise appartenait désormais au preneur, ce qui donnerait à son droit les caractères d'un droit réel [21]. Il se manifeste également si l'on envisage la durée du droit de jouissance du preneur ; cette durée devient illimitée ; et le droit de préemption complète ce droit de jouissance par un droit éventuel de propriété, à tel point qu'on a pu comparer la situation du bailleur à l'égard de son fermier à celle qu'avait dans notre Ancien Droit le seigneur titulaire du domaine éminent en face du titulaire du domaine utile [22].

§ 1

L'emprise du preneur sur les biens loués
Sa maîtrise de l'exploitation

34. Le renforcement de l'emprise du preneur sur les biens loués, l'accroissement de ses pouvoirs de jouissance sur ces biens, qui se traduit corrélativement et nécessairement par une diminution des pouvoirs du propriétaire, constitue l'une des caractéristiques essentielles du nouveau statut des baux ruraux. Cette tendance s'est surtout manifestée dans la loi du 13 avril 1946 et

20. P. Esmein, Gaz. Pal., 1946, 1, Doc., p. 85.
21. Cf., R. Savatier, chron., D. 1946.42 ; *Manuel juridique...*, n° 52 et s.
22. Cf., G. Ripert, chron., D.1946.1. — R. Savatier, chron., D. 1946.41. — Vitu, Rev. trim. dr. civ., 1946, p. 282-283. — H. Desbois, D. 1946.L.109. — Comp., P. Ourliac et M. de Juglart, obs. au J.C.P. 1950.II.5581. — R. Béraud, obs. au J.C.P. 1950.II.5546.

elle reflète bien l'esprit nettement favorable aux preneurs qui a inspiré cette loi. En effet, si le but primitif de la réforme qui paraissait être de stimuler la production agricole permet d'expliquer les nouveaux pouvoirs accordés au preneur dans la direction de l'exploitation, il ne suffit pas en revanche à justifier l'attribution à tout preneur du droit de chasser. Tel qu'il est envisagé ce droit apparaît comme une prérogative d'agrément qui a peu de rapport avec la bonne exploitation du fonds et s'inspire davantage du désir de « libérer les fermiers et métayers dans leur dignité humaine ».

A. — L'exploitation du fonds

35. Sous l'empire du *Code civil* les fermiers avaient certes la direction de l'exploitation en ce sens qu'ils organisaient et dirigeaient personnellement et sans en référer au propriétaire les travaux de culture. Mais le fermier devait continuer l'exploitation en bon père de famille, comme l'aurait fait le bailleur, sans en changer la nature (art. 1766 du Code civil). Il lui était interdit de modifier l'affectation de culture de chaque parcelle ; et fréquemment le bail déterminait, pour les années successives de jouissance, l'affectation résultant, pour chaque parcelle, de l'assolement établi [23].

En matière de métayage, les pouvoirs du preneur étaient encore plus restreints. La loi du 18 juillet 1889, article 5, accordait en principe, et sous réserve des usages locaux, la direction générale de l'exploitation au propriétaire. Non seulement celui-ci avait l'initiative dans la modification de l'ordonnancement des cultures, mais encore il conseillait l'emploi des engrais, le choix des semences ou des approvisionnements agricoles [24]. Il en résultait une collaboration permanente entre le propriétaire qui dirigeait l'exploitation et le colon partiaire qui l'effectuait ; et on avait pu en conséquence discuter la nature juridique du métayage et se demander s'il constituait un contrat de bail ou un contrat de société [25].

23. Cf., Planiol, Ripert et Perreau, n° 567.

24. Sur l'ensemble des droits qui étaient de ce fait accordés aux bailleurs, voir, Dudez, *Le métayage ; droit actuel et projet de réforme*, thèse, Bordeaux, 1938, p. 56-59. — Desvaux, *Le métayage*, thèse, Lyon, 1943, p. 154-159.

25. La question était vivement controversée en doctrine. V., Baudry-Lacantinerie et Wahl, t. I, n° 1436 et s. — Planiol, Ripert et Perreau, n° 667, 668, partisans d'une nature mixte. — Beudant, Lerebours-Pigeonnière et Brèthe de la Gressaye, n° 608, qui se prononcent pour l'idée de contrat *sui generis*. — Aubry et Rau, t. V, 6e éd., par P. Esmein, par. 371, note 59. — Josserand,

A ces principes, la législation nouvelle a apporté de profondes modifications. C'est en matière de métayage que la transformation est la plus frappante [26], car le législateur a expressément manifesté la volonté de donner la direction de l'exploitation au métayer. Mais elle n'est pas moins sensible en ce qui concerne le fermier, car dans tous les baux ruraux le preneur obtient de nouveaux pouvoirs qui lui permettent de modifier l'état des lieux ou la destination des parcelles.

1° Le métayage et la direction de l'exploitation

36. Dans le métayage, *la direction de l'exploitation appartient désormais au métayer.* Telle est la règle affirmée indirectement par l'article 18, alinéa 4 de l'ordonnance dans sa rédaction de 1946. Il y est dit en effet que, dans le contrat-type de métayage, la Commission consultative « fixe notamment les conditions dans lesquelles le métayer exerce la direction de l'exploitation et, s'il y a lieu, les dispositions particulières applicables au cas où le bailleur participe effectivement à la marche de l'entreprise ».

Bien que la solution soit donnée à l'occasion de la détermination des pouvoirs de la Commission consultative, son sens ne saurait laisser de doute. L'attribution de la direction de l'exploitation a été longuement discutée à l'Assemblée Nationale Constituante et les travaux préparatoires montrent clairement que le législateur a voulu que cette direction soit en principe confiée au seul métayer [27]. On a justifié cette nouvelle règle en disant qu'en fait elle se trouvait déjà réalisée par « l'absentéisme » des propriétaires [28]. Mais comme l'a montré M. Saint-Alary, en s'appuyant sur l'exemple des réformes pratiquées en Italie, le remède à une telle situation ne nécessitait pas un changement aussi radical dans la direction de l'exploitation. Et, en repoussant un amendement qui aurait en principe accordé cette direction à la fois au propriétaire et au métayer, sauf à laisser à la Commission

t. II, n° 1247. — Ripert et Boulanger, t. II, n° 2799. — Dudez, *op. cit.*, p. 21-37. — Desvaux, *op. cit.*, p. 67-101. — Et la jurisprudence elle-même était hésitante ; *pour la société :* Grenoble, 20 mars 1863 : D. 1863.5.237. — Cass., 22 octobre 1889 : D. 1890.1.124. — Trib. civ., Mâcon, 4 juillet 1933 : Gaz. Pal. 1933.2.839. — *Pour le louage,* Cass., 8 février 1875 : D. 1875.1.160 ; S. 1875.1.182. — Cons. d'Etat, 14 février 1891 : D. 1892.3.84 ; S. 1893.3.23. — Comp., Dijon, 6 mars 1934 : Gaz. Pal. 1934.1.901. — Cass., req., 25 mai 1936 : S. 1936.1.268.

26. Cf., R. Savatier, *Les métamorphoses...*, n° 193.

27. Cf., J.O., Déb. Ass. Nat. Const., séance 30 mars 1946, p. 1294.

28. Cf., Débats, *loc. cit.* — V., Saint-Alary, *La réforme du métayage,* J.C.P. 1946.I.551, n° 23-24. — Rey, *L'absentéisme agricole,* thèse, Lyon, 1910.

consultative le soin d'en fixer les conditions d'application en fonction des situations de fait, il semble bien que « les promoteurs de la loi entendaient se servir de cet absentéisme pour justifier pratiquement leur réforme et pour obtenir que les droits de l'exploitant fussent nettement séparés de ceux du propriétaire » [29].

37. Le principe posé par la législation nouvelle est donc clair ; mais *la portée de ce principe* est limitée par le manque de précision du texte et la contradiction de ce texte avec un autre.

Lorsque le propriétaire se désintéresse de l'exploitation, le vœu du législateur semblerait commander de « consacrer la direction exclusive du métayer » [30]. Mais en laissant à la Commission consultative le soin de déterminer les conditions dans lesquelles s'exerce cette direction, le législateur a ouvert la voie aux tempéraments. Et l'arrêté préfectoral du Lot-et-Garonne nous en fournit un exemple puisqu'il fait une distinction entre « la continuation de l'exploitation antérieure dont la direction est assurée par le preneur », et « les modifications dans l'orientation de l'exploitation » qui ne pourront intervenir qu'avec l'accord préalable des deux parties [31].

Plus imprécise est encore la disposition légale lorsque le propriétaire participe effectivement à la marche de l'entreprise. On peut penser que le métayer doit encore conserver « l'initiative dans la direction » [32], et que le propriétaire sera tout au plus associé à cette direction dans une sorte de « co-gestion » [33]. En tout cas, la Commission consultative paraît avoir sur ce point les plus larges pouvoirs de réglementation [34], et dans la plupart des cas elle a assez largement sauvegardé les droits du bailleur [35].

29. Cf., Saint-Alary, *op. cit.*, n° 25-26.
30. Cf., Ourliac et de Juglart, *op. cit.*, n° 154.
31. Cité par Ourliac et de Juglart, *op. cit.*, p. 303, note 122.
Le contrat-type du Lot interdit au preneur d'apporter des changements à l'exploitation sans le consentement du bailleur, v. Rev. des Fermages, 1946, 162. Et celui de la Loire impose au preneur l'obligation de notifier au bailleur, huit jours à l'avance, tout acte susceptible de donner lieu à une recette ou à une dépense supérieure à 10.000 fr., v., Rev. des Fermages, 1946, p. 157.
32. Ourliac et de Juglart, *op. cit.*, n° 154.
33. H. Desbois, D. 1946.L.294, col. 3.
34. Cf., Saint-Alary, *op. cit.*, n° 34. — Paul Esmein, Gaz. Pal. 1946.1, Doc., p. 96, col. 2.
35. V., R. Savatier, *Manuel juridique...*, n° 53. — Delobel, Marie-Cardine et Fortin, *op. cit.*, n° 259.
Le contrat-type du Lot décide, en ce cas, que le propriétaire et le preneur devront effectuer toutes les opérations de direction d'un commun accord, v., Rev. des Fermages, *loc. cit.* — Et celui de la Loire pose le principe d'une exploitation en collaboration et décide qu'en cas de désaccord les difficultés seront réglées par le Tribunal paritaire, v., Rev. des Fermages, *loc. cit.*

Mais la contradiction apparaît avec l'article 25 *bis*, alinéa 4, qui accorde au métayer le bénéfice de certaines dispositions « s'il a effectivement la direction de l'exploitation ». Cela suppose qu'il ne l'a pas toujours et qu'en certains cas cette direction appartient au propriétaire. Faut-il penser que « le législateur a prévu que les habitudes puissent l'emporter sur sa volonté » et qu'en conséquence l'article 25 *bis*, alinéa 4, se réfère à la situation de fait, tandis que l'article 18, alinéa 4, règle la situation de droit ? [36]. Ou bien, faut-il décider que l'article 25 *bis*, alinéa 4, « admet que le principe posé par l'article 18, alinéa 4, comporte des exceptions » et notamment la possibilité, pour les parties dans le contrat de métayage, et pour la Commission consultative dans le contrat-type, d'y déroger ? [37]. Cette dernière solution restreindrait considérablement la portée pratique de la nouvelle règle qui se réduirait à un simple principe applicable seulement en l'absence de clause contraire. Il faut d'ailleurs remarquer que cette portée pratique sera encore limitée chaque fois que le contrat-type n'aura pas été établi ou n'aura pu l'être valablement faute de majorité à la Commission consultative [38].

Cependant, le principe affirmé dans l'article 18, alinéa 4, n'en garde pas moins une valeur importante au point de vue théorique, D'une part, il contribue à miner l'idée de collaboration qui était à la base du contrat de métayage, et il constitue un argument décisif contre ceux qui assimilaient le métayage à un contrat de société [39]. D'autre part, il montre la prééminence du métayer dans l'exploitation ; il traduit sans conteste un accroissement de ses pouvoirs de jouissance [40].

38. Sans doute, le métayer n'obtient, ni en droit, ni en fait,

36. En ce sens, H. Desbois, *loc. cit.*
37. Cf., Ourliac et de Juglart, *loc. cit.*
38. On sait que le Conseil d'Etat annule les arrêtés préfectoraux qui ont publié des contrats-types malgré l'absence d'une majorité à la Commission consultative, Cons. d'Etat, 18 mars 1949, Bruguière et Association des propriétaires bailleurs du Lot-et-Garonne ; D. 1949.J.282, note R. Savatier ; J.C.P. 1949.II.4890, obs. Ourliac et de Juglart. — Sur les droits de la Commission consultative et les conditions de la majorité, voir R. Savatier, *Manuel juridique*, n° 13 et n° 40. — Ourliac et de Juglart, *op. cit.*, n° 250.
39. Cf., Saint-Alary, *op. cit.*, n° 22. — Sur la distinction actuelle du métayage et de la société, voir, R. Savatier, *Les société de culture susceptibles de remplacer les baux à ferme et à métayage*, Rep. gén. not., 1947, art. 26452, n° 2. — Cass. Soc., 31 juillet 1950 : Gaz. Pal., 2 janvier 1951 : D. 1951.5.149, note R. Savatier.
40. Du fait que la direction de l'exploitation appartient en principe au métayer, on a pu tirer certaines conséquences en ce qui concerne la responsabilité des parties au bail à l'égard des tiers. Cf., R. Savatier, *Manuel juridique...*, n° 54. C'est ainsi que le bailleur ne saurait être considéré comme commettant, civilement responsable, du métayer : Cass. civ., 22 octobre 1947 : S. 1947.1.185.

des pouvoirs d'indépendance aussi étendus que ceux du fermier. Mais son emprise sur l'exploitation est encore renforcée par la possibilité de demander à la fin de son bail ou à la fin de chaque période triennale *la conversion de son métayage en fermage*. Cette conversion, qui peut être demandée par simple lettre recommandée avec accusé de réception, est obligatoire. Le bailleur ne pourrait s'y opposer que s'il avait de justes motifs de réalisation, ou en exerçant la reprise de l'exploitation (article 56). Il faut remarquer que la conversion produit les effets les plus étendus, puisqu'elle porte sur « l'ensemble de l'exploitation, cheptel compris. Le preneur peut à son gré retenir la jouissance ou acquérir au comptant la propriété du cheptel vif ou mort en tout ou en partie selon les besoins de l'exploitation » (article 55, alinéa 1). Et, après la conversion, le preneur peut encore acquérir le cheptel qui est resté en la propriété du bailleur (article 55, alinéa 3).

On voit le privilège considérable qui est ainsi accordé au métayer [41]. Son emprise sur l'exploitation s'accompagne d'un véritable droit de réquisition, d'une sorte de propriété éventuelle du cheptel. En définitive, le métayer n'a rien à envier au fermier puisqu'il peut, par sa seule volonté, acquérir la propriété du cheptel, obtenir un nouveau bail et la qualité de fermier avec tous les avantages qui y sont attachés.

2° Les nouveaux droits du preneur dans l'exploitation du fonds

39. Le nouveau statut accorde à tout preneur le droit d'accomplir certains actes qui peuvent être nécessaires pour la bonne exploitation du domaine loué. Il s'agit, soit d'actes juridiques (droit d'apporter le fonds à une coopérative de culture, droit d'échanger ou de sous-louer certaines parcelles), soit d'actes matériels de jouissance (droit de modifier l'état des lieux ou de procéder à des améliorations, constructions ou plantations). « Ce sont, écrit M. H. Desbois, autant d'accroissements du domaine utile en face du domaine éminent. » [42].

41. Cf., Ourliac et de Juglart, *op. cit.*, n° 151, p. 168. — De Juglart, *L'exploitation rurale*, n° 50 et s.
42. H. Desbois, D. 1946.L.283, col. 3.

a) *Pouvoirs juridiques*

40. D'après l'article 25 *bis*, le fermier peut, tout d'abord, faire *apport à une coopérative de culture* des droits qu'il tient de son bail. « Nous visons expressément, a dit le rapporteur de la Commission de l'Agriculture en commentant cette disposition, l'apport du fonds loué, de l'exploitation agricole objet du bail, avec ses appartenances, à la coopérative. » [43]. Avant d'user de la faculté qui lui est accordée, le preneur [44] doit avertir le bailleur de son intention d'effectuer l'apport du fonds ; si le bailleur ne donne pas son autorisation, le preneur peut saisir le Tribunal paritaire. En outre, l'apport doit être fait pour une durée d'au moins 9 ans et « dans les conditions qui seront déterminées par décret pris sur le rapport du Ministre de l'Agriculture, du Garde des Sceaux, et du Ministre de l'Economie nationale et des Finances » (art. 25 *bis*, al. 1).

Ce décret n'a jamais été pris. On a pu penser en conséquence que le texte de la loi ne ne suffisait pas à lui-même et ne pouvait recevoir application [45]. Il ne semble pas d'ailleurs que les preneurs aient manifesté un très grand intérêt pour cette institution, où le rapporteur à l'Assemblée voyait cependant un moyen d'améliorer leur condition de travail. La pratique n'a pas eu à connaître de difficultés relatives à son exercice. Ce sont, au contraire, les bailleurs qui ont voulu utiliser l'apport à une coopérative pour évincer un fermier devenu gênant, car cet apport constitue un cas de reprise (art. 33, al. 2) [46].

41. Toujours dans le domaine des actes juridiques, « le preneur peut, pendant la durée du bail, effectuer les *échanges ou locations de parcelles* qui ont pour conséquence d'assurer une

43. Cf., J.O., 1946, Doc. parl., n° 494, p. 40. — Sur les coopératives de culture, voir, Palmade, *Les coopératives de production agricole. Coopérative de motocultures et coopératives de culture*, Rev. des sociétés, 1948, 36. — Lavigne, *Vers un collectivisme de l'agriculture française ? Les coopératives de culture*, D., 1947, chron., 145. — De Juglart, *L'exploitation rurale*, p. 118 et s., n° 84 et s.

44. Le métayer peut, en effet, exercer le même droit que le fermier, « lorsqu'il exerce effectivement la direction de l'exploitation » (art. 25 *bis*, al. 4). Sur les difficultés qu'a fait naître ce texte, cf. *Supra*, n° 37. L'apport d'un fonds en métayage pourra d'ailleurs poser des difficultés particulières au moment du règlement des comptes. — Cf., R. Savatier, *Manuel juridique...*, n° 57.

45. Cf., Ourliac et de Juglart, *op. cit.*, n° 80 *bis* et note 274, et les références citées à propos du droit de reprise du bailleur pour apport à une coopérative ; *Adde*, Soc., 25 novembre 1950 : D. 1951.J.157.

46. Sur ce point, voir, Ourliac et de Juglart, *op. cit.*, n° 80 *bis*. — R. Savatier, *Législation nouvelle...*, n° 122 ; *Manuel juridique...*, n° 184.

meilleure exploitation » (article 25 *ter*, al. 1). « Les échanges ne peuvent porter que sur la jouissance, et ne peuvent s'exercer que sur le quart au plus de la surface totale du fonds loué. » (alinéa 2). Ils seront soumis à l'action préalable du propriétaire. En cas de désaccord entre les parties, « l'échange ou la location pourra être autorisé par le Tribunal paritaire » (alinéa 3).

Ces dispositions sont claires. Elles ont pour but de permettre une meilleure exploitation du domaine. Et si, de ce point de vue, l'utilité des opérations envisagées était discutée, le Tribunal paritaire semble avoir un pouvoir souverain d'appréciation.

Mais, pratiquement, il n'y a pas là une innovation tellement importante. D'une part, il était déjà d'usage, dans certaines régions, d'autoriser le preneur à pratiquer de telles opérations [47]. La loi nouvelle aboutit donc à ériger cet usage en un principe d'application générale. D'autre part, si l'on envisage la question dans le cadre général des cessions du bail ou des sous-locations, on s'aperçoit qu'en définitive le preneur perd plutôt qu'il ne gagne. Sous l'empire du Code civil, en effet, il pouvait, en l'absence d'une interdiction formelle, céder son bail ou sous-louer en tout ou en partie. Désormais, toute cession du bail ou sous-location lui est interdite en dehors du cas prévu par l'article 25, et cette disposition est d'ordre public [48]. La faculté d'échanger ou de louer la jouissance de certaines parcelles apparaît donc comme une exception, en vue de la bonne exploitation du fonds, à cette règle nouvelle qui restreint une ancienne liberté du preneur.

Cette faculté constitue cependant une manifestation de la maîtrise du preneur sur la jouissance du domaine, mais elle marque le désir de subordonner autant que possible son exercice à la bonne exploitation du fonds.

b) *Pouvoirs d'organisation matérielle*

42. Et c'est encore en vue de favoriser l'exploitation agricole que le preneur voit accroître ses pouvoirs d'organisation matérielle du domaine.

« Pendant la durée du bail, dit l'article 25 *quater*, le preneur peut, pour réunir et grouper plusieurs parcelles attenantes, faire disparaître, dans les limites du fonds loué, les talus, haies, rigo-

47. Cf., Ourliac et de Juglart, *op. cit.*, n° 42.
48. V., R. Savatier, *Législation nouvelle...*, n° 55 et s., ; *Manuel juridique...*, n° 78 et s. — Ourliac et de Juglart, *op. cit.*, n° 46 et s.

les et arbres qui les séparent ou les morcellent, lorsque ces opérations ont pour conséquence d'améliorer les conditions de l'exploitation. »

Sous l'empire du Code civil, on admettait déjà que le preneur pouvait apporter aux lieux loués quelques aménagements, mais à condition qu'ils ne soient pas assez importants pour changer la physionomie du bien et qu'ils soient facilement réparables en fin de bail [49]. Spécialement en matière de baux de terres, certains auteurs allaient même assez loin dans l'énumération des modifications qu'ils permettaient au preneur ; ils lui accordaient notamment le droit de faire toutes les transformations nécessitées par le changement de culture, à condition de les faire disparaître lors de la cessation de la culture qui les avait imposées [50].

On comprend ainsi que le rapporteur de la loi à l'Assemblée ait pu déclarer que le nouveau texte ne voulait pas faire œuvre révolutionnaire [51]. Et, ici encore, l'importance du changement sera souvent plus apparente dans les principes que dans les faits, car les conditions auxquelles est soumis l'exercice de ce nouveau droit reconnu au preneur restreignent considérablement sa portée pratique.

Tout d'abord, le preneur ne peut procéder aux aménagements envisagés qu'à l'intérieur du fonds loué ; il lui est donc interdit de faire disparaître les obstacles séparant ce fonds d'un autre fonds dont il serait également exploitant [52]. D'autre part, les modifications ne peuvent avoir effet que « pendant la durée du bail », et on en conclut qu'en fin de bail, le preneur devra remettre les choses en l'état, ce qui rend peu pratiques, comme le fait remarquer M. R. Savatier, certaines modifications telles que la suppression des arbres [53]. Enfin, il faut remarquer qu'il sera parfois difficile d'apprécier si les transformations effectuées étaient utiles à l'amélioration de l'exploitation [54].

L'application de l'alinéa 2, qui a été introduit par voie d'amendement en séance publique, pose d'autres difficultés. Si l'on interprète le texte d'après ses termes, il semble qu'il faille distinguer, d'une part, le droit du preneur à l'unification des par-

49. Cf., Baudry-Lacantinerie et Wahl, t. I, n° 738. — Comp., Planiol, Ripert et Perreau, n° 576.
50. Cf., Baudry-Lacantinerie et Wahl, t. I, n° 743, et les références citées en note.
51. J.O., Déb. parl., Ass. Nat. Const., 1946, p. 1303.
52. Cf., R. Savatier, *Législation...*, n° 61 ; *Manuel...*, n° 55.
53. R. Savatier, *loc. cit.*
54. Comp., pour cette difficulté, Soc., 17 février 1949 : D. 1949.J.389 et la note de M. R. Savatier, décision relative à la transformation d'une prairie en pépinière. — V., également, Trib. par. arr., Châteauroux, 26 juin 1950 : J.C.P. 1950.II.5814.

celles, qui serait soumis aux seules conditions que nous venons d'indiquer ; d'autre part, un droit plus général de modifier l'état des lieux, qui serait en outre subordonné à l'accord du Président du Tribunal paritaire. Mais, si l'on se réfère aux travaux préparatoires, il apparaît que les auteurs de cet amendement, qui a été adopté dans une certaine confusion, ont voulu apporter une « précision au texte » [55], en indiquant que l'énumération de l'alinéa 1 ne devrait pas être considérée comme limitative [56]. On a pu ainsi se demander si l'intervention du Président du Tribunal n'était pas toujours nécessaire [57] ? Raisonnablement, une réponse affirmative conduirait à une solution trop restrictive. Elle laisserait au preneur moins d'initiative qu'il n'en avait avant la Réforme. Il semble donc préférable de s'en tenir à la distinction découlant des termes de la loi ; mais, si l'on préfère une solution plus souple et peut-être plus conforme aux intentions des auteurs de l'amendement, on pourra distinguer entre « les travaux indispensables à la bonne exploitation des terres », dont l'alinéa 1 de l'article 25 *quater* donnerait une énumération non limitative, et que le preneur pourrait entreprendre de sa propre initiative ; et, d'autre part, les modifications plus importantes qu'il ne pourrait effectuer qu'avec l'accord du Président du Tribunal paritaire. De toute façon, il semble qu'en pratique, ces modifications se restreindront à celles qui auront pour objet de faciliter des améliorations culturales, car, pour les modifications à l'état des lieux d'où résulteront des constructions ou plantations, le preneur se gardera bien de négliger l'autorisation du Tribunal paritaire, qui est nécessaire au cas de non accord du bailleur pour lui conserver son droit à indemnité [58].

43. Le nouveau statut renforce, en effet, les prérogatives du preneur en ce qui concerne les *constructions, plantations* ou autres ouvrages incorporés au sol. Pour employer la distinction faite par M. Saint-Alary, on peut dire que la réforme des baux ruraux a accru à la fois le droit du preneur de construire et de planter, et son droit sur les constructions et plantations [59].

55. Intervention en ce sens du Président de l'Assemblée, J.O., Déb. parl., 1946, Ass. Nat. Const., p. 1303.

56. « J'ai le sentiment qu'il ne doit pas y avoir de limitation excessive et que, dans l'intérêt du preneur, si des travaux sont indispensables à la bonne exploitation de la terre, il est nécessaire qu'ils puissent être exécutés à l'initiative du preneur et avec l'autorisation du Tribunal. Tel est le but de l'amendement ; il n'est pas ailleurs. » Intervention de M. Robert Lecourt. Et le Président de l'Assemblée d'ajouter : « Par son amendement, la Commission de la Justice demande l'introduction d'une précision dans le texte. » J.O., *loc. cit.*

57. Ourliac et de Juglart, *op. cit.*, n° 41, 206, 209.

58. Cf., H. Desbois, D. 1946.L.184, col. 2.

59. Saint-Alary, *Les constructions, plantations et ouvrages faits par le preneur sur les lieux loués*, Rev. trim. dr. civ., 1947, p. 263 et s.

Sous la législation du Code civil, la situation du preneur était, en cette matière, très précaire, malgré les tentatives doctrinales en vue d'atténuer la rigueur des textes et des principes [60]. L'initiative des constructions, plantations ou ouvrages appartenait uniquement au bailleur. Et si, malgré le refus de celui-ci, le preneur entreprenait de tels ouvrages, il était considéré comme constructeur de mauvaise foi sur le terrain d'autrui ; on lui appliquait donc l'article 555 du Code civil [61] ; et, de ce fait, la menace d'une remise en état que pouvait exiger le bailleur l'empêchait, même si les constructions étaient conservées, d'obtenir en fin de bail une indemnité raisonnable [62].

Le nouveau statut accorde, tout d'abord, au preneur un *droit d'initiative des travaux*. Certes, le preneur devra toujours avertir le bailleur des constructions, plantations ou ouvrages envisagés ; mais, si celui-ci refuse son accord ou ne le donne pas dans les deux mois, le preneur peut saisir le Tribunal paritaire qui a « pouvoir d'autoriser les travaux proposés » (article 38). Cette nouvelle prérogative du preneur apparaît d'autant plus importante que le bailleur ne semble pas avoir des pouvoirs aussi étendus pour imposer des travaux analogues [63].

Si rien n'a été prévu pour les difficultés que peut soulever pendant le bail la nature du droit du preneur sur les constructions effectuées [64], en revanche *les droits du preneur en fin de bail ont été considérablement améliorés* [65].

60. Cf., Saint-Alary, *op. cit.*, n° 9 et s., 24 et s. — V., Ziegel, th. cit., p. 67 s.

61. Baudry-Lacantinerie et Wahl, t. I, n° 655 et s. — Planiol, Ripert et Picard, t. III, n° 278. — Planiol, Ripert et Perreau, n° 607. — Beudant, Lerebours-Pigeonnière et Voirin, t. IV, n° 332. — Ripert et Boulanger, t. I, n° 2973. — Req. 1er juillet 1851 : D. 1851.1.249 ; S. 1851.1.481. — 24 novembre 1879 : S. 1915.1.125. — Civ., 22 janvier 1947 : J.C.P. 1947.II.3223, note E. Becqué.

Ces principes semblent encore applicables lorsque le preneur aura effectué les travaux sans l'accord du bailleur du Tribunal paritaire ; en ce sens, Saint-Alary *op. cit.*, n° 31. — Comp., Voirin, comm. au D.C. 1943.1.20. — O. Bajeux, *op. cit.*, p. 294.

La Cour de Cassation a en outre décidé qu'il convenait d'appliquer la loi en vigueur au moment de la construction ou de la plantation ; Soc., 17 mars 1949 : Bull. Cass., 1949, 322. — 25 mars 1949 : Bull. Cass., 1949, 354. — 27 octobre 1950 : Gaz. Palais 1950.2.431 ; S. 1951.1.54 ; solution qui aura pour effet d'écarter en de nombreux cas l'application de la législation nouvelle.

62. Saint-Alary, *op. cit.*, n° 27 et 28.

63. Saint-Alary, *op. cit.*, n° 18.

64. Le preneur obtient certainement le droit de jouissance des constructions effectuées, mais on s'est demandé s'il ne fallait pas lui reconnaître un droit de superficie temporaire ou un droit de propriété temporaire (cf., Larcher, *A qui appartiennent pendant le bail les constructions élevées par le locataire*, Rev. crit., 1900, p. 374 et s., et les auteurs cités. — Baudry-Lacantinerie et Wahl, t. I, n° 648 et s. — Planiol, Ripert et Perreau, n° 607. — Saint-Alary, *op. cit.*, n° 21 et s.). La théorie classique décide que le bail-

En ce qui concerne les constructions ou ouvrages incorporés au sol, le preneur a droit à une indemnité « égale à la somme que coûteraient les travaux au moment de l'expiration du bail, déduction faite de l'amortissement correspondant à la vétusté » (article 36, al. 1). On n'a pas manqué de signaler combien cette nouvelle règle, qui abandonne les principes de l'enrichissement sans cause, était favorable au preneur et risquait d'être fort lourde pour le bailleur au cas d'une hausse des prix [66]. Aussi l'ordonnance s'est-elle efforcée de limiter les conséquences d'une variation trop importante des prix en permettant au Tribunal paritaire de réviser le montant de l'indemnité au cas où les conditions économiques se seraient « modifiées au point d'entraîner une variation de plus de moitié en moins ou de plus du double en plus du coût » des ouvrages (article 36, al. 5).

Pour les plantations, le texte de 1945 adoptait un système différent. Il ne prenait pas en considération les dépenses engagées, ni celles qu'il faudrait engager pour effectuer les mêmes travaux en fin de bail ; l'indemnité devait être « égale à leur valeur au jour de l'expiration du bail ». C'était donc la plus-value qui était seule retenue, abstraction faite des dépenses [67]. La loi de 1946 a modifié le texte primitif dans un sens qui favorise encore davantage le preneur [68]. Elle lui fait bénéficier d'une sorte de cumul des frais engagés et d'une certaine plus-value. L'indemnité est, en effet, égale « à l'augmentation pour neuf années de la valeur locative du fonds résultant de ces plantations (plus-value), et au remboursement de la somme représentant les dépenses effectuées par le preneur et la valeur de la main-d'œuvre non comprise dans ces dépenses (coût des plantations) » [69].

44. De toutes ces dispositions, il paraît bien résulter un changement du principe qui gouvernait les pouvoirs du preneur sur

leur devient propriétaire des ouvrages dès leur incorporation au sol par l'effet de l'accession ; elle n'accorde au preneur qu'un droit de jouissance et elle lui interdit en conséquence de démolir les constructions, de les hypothéquer (Cass., req., 27 mai 1873 : D. 1873.1.410 ; S. 1873.1.25, concl. du conseiller Dugallier), de même que ces créanciers ne sont pas autorisés à les saisir (Cass. req., 28 novembre 1921 : S.1923.1.121, note P. Esmein). Mais l'on a proposé et défendu des solutions qui accordent au preneur des droits plus étendus (cf., Saint-Alary, *op. cit.*, n° 24 et s. — P. Esmein, note précitée. — Comp., Grenoble, 3 mars 1903 : S. 1905.2.230. — Paris, 21 mai 1946 : D. 1946.J.403, note signée H.L.).

65. Cf., R. Savatier, *Manuel juridique....* n° 198, 199. — Ourliac et de Juglart, *op. cit.*, n° 120 et s. — Saint-Alary, *op. cit.*, n° 25 et s.

66. H. Desbois, D. 1946.L.123, col. 1 et 2. — Saint-Alary, *op. cit.*, n° 33 et 34.

67. Cf., H. Desbois, *loc. cit.*

68. Cf., Saint-Alary, *op. cit.*, n° 35. — H. Desbois, D. 1946.L.290.

69. Article 36, alinéa 2.

le domaine. Les articles 1728 et 1766 du Code civil lui interdisaient en effet de changer la destination du fonds loué et de modifier l'état des lieux. Sans doute, en pratique, le preneur obtenait des pouvoirs assez étendus qui lui permettaient d'organiser assez librement l'exploitation, mais toute modification, tout changement dans l'état du domaine était subordonné à l'accord tacite ou exprès du bailleur.

Désormais le principe semble renversé [70]. Le preneur peut prendre l'initiative de modifier l'état des lieux ; le plus souvent certes il devra solliciter l'accord du bailleur ; mais, avec l'assentiment du Tribunal paritaire ou du Président de ce Tribunal, il pourra toujours passer outre au refus du bailleur. Ainsi l'on peut affirmer que le preneur a, sous le contrôle du Tribunal paritaire, le droit d'entreprendre toutes transformations, d'effectuer tous changements, qui peuvent être profitables au domaine ou utiles pour une bonne exploitation agricole.

B. Le droit de chasser [71]

45. Avec le droit de chasser que la loi du 13 avril 1946 (article 42 *bis* de l'ordonnance de 1945) a accordé à tout preneur soumis au statut des baux ruraux, l'intérêt de la production agricole passe au second plan. Sans doute on peut faire valoir qu'en améliorant la condition du preneur ce droit est de nature à favoriser son attachement à la terre et, par le fait même, à stimuler son zèle agricole. Et M. Voirin a montré qu'il aurait été possible d'incorporer le droit de chasser au statut de l'exploitation rurale, en le doublant d'une obligation de chasser dans la mesure néces-

70. Le maintien des articles 1728 et 1766 n'est cependant pas incompatible avec la législation nouvelle. Ils conservent leur valeur dans la mesure où ils permettent la résiliation du bail contre le preneur qui ne jouit pas en bon père de famille, ce manquement du preneur devant toutefois s'apprécier désormais dans le « climat » du nouveau statut. V., R. Savatier, *Manuel*, n° 175. — Ourliac et de Juglart, *op. cit.*, n° 73. — Salvaire et Béraud, *L'énigme de l'article 1766 du C. civ. et la résiliation des baux ruraux pour justes motifs*, Rép. Commaille, 1950.1.97.

L'article 1766 a fait l'objet d'abrogation puis de rétablissement par voie d'erratum au J.O. — Cf., J.O., 16 avril 1946, p. 3175. C'est là un des exemples de l'abus manifeste des rectifications au J.O. qui caractérisent la mise en vigueur de la législation nouvelle, v., Fréjaville, *La pratique des Errata au Journal Officiel*, J.C.P. 1948.I.677.

71. V., Savatier, *Manuel juridique...*, n° 59 ; *Droit de chasse et droit de chasser dans le statut des baux ruraux*, D., 1948, chron., 129. — Ourliac et de Juglart, *op. cit.*, n° 44. — De Juglart, *Droit rural et spécial*, n° 353 et s. — J. Giffard, *La chasse et le statut des baux ruraux*, Rep. gén. du not., 1947, art. 26487. — P. Voirin, obs. au J.C.P., 1950, éd. N.II.5700 et 5711. — P. Colin et Ribadeau-Dumas, *Manuel juridique de la chasse*, 4e éd., p. 180.

saire à la protection des cultures [72]. Mais ce n'est pas ainsi que le législateur a compris la réforme. Le but immédiat de celle-ci a été de satisfaire un intérêt personnel des preneurs, de procurer aux fermiers et métayers un agrément dont ils étaient souvent privés [73] et que nombre d'entre eux réclamaient depuis longtemps.

Le droit de chasser se présente ainsi comme un avantage personnel concédé au preneur, et ce caractère n'est pas sans influence sur la portée des prérogatives dont va bénéficier ce preneur. Mais la question ne perd pas pour autant tout aspect économique. Le droit de chasser est une nouvelle manifestation de l'emprise du preneur sur le domaine rural. Quel que soit le parti que l'on prenne sur la nature de ce droit, on est obligé de reconnaître qu'il renforce la théorie de la réalité du droit du preneur, et on doit bien convenir avec M. H. Desbois, qu'il « accroît encore la valeur du domaine utile qui s'édifie au détriment de la propriété » [74].

46. Le propriétaire-bailleur conserve toujours le droit de chasse qui est un élément, un attribut de sa propriété. *Le preneur obtient simplement « le droit de chasser sur le fonds loué »* (art. 42 *bis*, al. 1).

M. Voirin a critiqué l'expression « droit de chasser » employée par la loi : on lui donnait jusqu'ici un caractère administratif ; elle désignait seulement l'autorisation administrative de se livrer à l'exercice de la chasse [75]. En réalité ce qu'obtient le preneur c'est un droit de chasse limité. Mais en employant l'expression « droit de chasser » il est possible que le législateur ait voulu marquer le caractère personnel de la faculté qu'il octroyait au preneur. Il s'agit en effet d'un droit exclusivement personnel en ce sens qu'il ne peut être ni cédé, ni étendu à d'autres personnes que le preneur. En interprétant strictement les termes de la loi, il semble même que, seul, le titulaire du bail en bénéficie à l'exclusion de toute autre personne et notamment des membres de sa famille. C'est là l'opinion dominante [76]. Et l'on considère même

72. Voirin, obs. au J.C.P., 1950, éd. N.II.5700, par. IV.

73. Selon la solution traditionnelle, consacrée par la jurisprudence, le droit de chasse, dans le silence du bail, appartenait uniquement au propriétaire. Le fermier n'en bénéficiait que s'il en avait obtenu la concession expresse. Cf., Baudry-Lacantinerie et Wahl, t. I, n° 785. — Planiol, Ripert et Perreau, n° 569. — Aubry et Rau, t. V, 6e éd., par P. Esmein, § 365, p. 203, note 2. — Crim., 4 juillet 1845 : D. 1845.1.351 ; S. 1845.1.774. — Crim., 4 juillet 1866 : D. 1866.1.411 ; S. 1866.1.412. — La loi du 18 juillet 1889, article 5, donnait expressément la même solution en ce qui concerne le métayage.

74. H. Desbois, D. 1946.L.287, col. 3.

75. Voirin, *loc. cit.*, 5700, par. 1. — Comp., Lecouturier, *Le droit de chasse*, thèse, Paris, 1935, p. 11 et s.

76. R. Savatier, *Manuel...*, n° 59 ; chron. précitée, p. 130, col. 1. — Ourliac

comme illégale la clause des baux-types qui étendrait le droit de chasser à certains membres de la famille du preneur [77]. Le droit de chasser appartient donc au seul titulaire du bail ou à l'ensemble des titulaires quand le bail appartient à plusieurs [78], et il s'agit d'une prérogative personnelle qui ne peut être ni cédée, ni abandonnée à des tiers ; le preneur peut seulement renoncer à l'exercice de son droit, en avertissant le bailleur par lettre recommandée avec accusé de réception (art. 42 *bis*, al. 2), adressée avant le 1er juillet précédant chaque campagne de chasse (art. 3, d. du 16 janvier 1947) [79].

La combinaison du droit de chasse du propriétaire et du droit de chasser du fermier ne va pas sans soulever des difficultés. De ce que le propriétaire conserve le droit de chasse, on conclut qu'il peut toujours, et qu'il peut seul, en disposer au profit d'un tiers ; et on a pu penser également qu'il conservait seul le droit de garde et ne pouvait faire participer le fermier aux frais de cette garde [81]. Un décret du 16 janvier 1947, pris en vertu de l'article 62 du statut, a en outre soumis l'exercice du droit de chasser à certaines conditions. Tout d'abord, et cela allait de soi, le preneur doit observer les dispositions légales et réglementaires concernant la chasse (art. 1). Il est certain qu'il ne peut chasser sans permis, en temps prohibé, ou à l'aide d'engins interdits. Il ne peut également chasser sur les réserves cynégétiques autorisées

et de Juglart, *op. cit.*, n° 44. — De Juglart, *op. cit.*, n° 355. Trib. corr., Argentan, 16 décembre 1946 ; D. 1949.J.232, note R. S. — Nancy, 21 janvier 1948 : Gaz. Pal., 1948.1.98 ; D. 1948.J.286 ; J.C.P., 1950, éd. N.II.5700, obs. Voirin. — Trib. corr., Château-Gontier, 7 juillet 1948 : J.C.P. 1948.II.4502, obs. Lhérondel. — V., cependant, P. Esmein dans Aubry et Rau, t. V, 6e éd., § 371, p. 337.

Au cours de la discussion de la réforme du statut en novembre 1950, certains parlementaires ont trouvé cette interprétation trop rigoureuse et contraire à l'esprit de la loi. M. Tanguy-Prigent a même été d'accord pour la qualifier d'inconcevable (cf., J.O., Déb. Parl. Ass. Nat., 1950, séance du 10 novembre, p. 7626, col. 1). Elle a cependant été formellement admise par une réponse du Ministre de l'Agriculture — qui n'était autre que M. Tanguy-Prigent — à une question écrite de M. Maillocheau (cf., Rep. min. Agriculture à M. Maillocheau, 2 mai 1947, J.O., 3 mai 1947, Déb. Ass. Nat., p. 1445).

77. Cf., R. Savatier, chron. précitée, p. 129, col. 2, et 132, col. 2. — De Juglart, *op. cit.*, n° 355. — Trib. corr., Château-Gontier, 7 juillet 1948 précité.

78. Sur les difficultés qui peuvent se présenter en ce cas, cf., R. Savatier, chron. précitée, p. 130, col. 1.

79. M R. Savatier estime que rien n'interdit au preneur de consentir cette renonciation moyennant indemnité. Cf., R. Savatier, chron. précitée, p. 132, col. 1. — *Contra*, Giffard, art. précité, n° 12. — De toute façon, cette renonciation peut présenter pour lui un intérêt, car elle lui évitera d'avoir à supporter une partie des dégâts que pourra causer le gibier ; v., Soc., 19 novembre 1951 : Gaz. Pal. 1952.1.79.

80. Cf., R. Savatier, chron. précitée, p. 131, col. 1. — Comp., note sous Trib. corr., Argentan, 16 décembre 1946 : D. 1949.J.232. — *Contra*, Ourliac et de Juglart, *op. cit.*, n° 44.

par le Ministre de l'Agriculture, et son droit « ne porte pas sur le gibier d'élevage » (art. 5, al. 1). Cette dernière mesure se comprend fort bien ; tant que le gibier n'a pas été lâché, il n'est pas encore une *res nullius* et ne peut être objet de chasse. Mais la question est plus délicate après le lâchage. Elle se rattache, d'ailleurs, à celle plus générale, prévue par l'alinéa 2 du même article : « Dans le cas où le bailleur ou le détenteur du droit de chasse s'impose des restrictions, notamment en ce qui concerne le nombre de jours de chasse, l'espèce, le sexe ou le nombre de pièces de gibier à tirer, en vue de la protection du gibier et de l'amélioration de la chasse, ces restrictions s'imposent au preneur, sauf décision contraire du tribunal paritaire. » M. Savatier estime que cette disposition, bien qu'inspirée par un intérêt recommandable, est entachée d'excès de pouvoir, car « elle limite et réduit un droit que la loi admet sans restrictions » [81]. La jurisprudence au contraire ne paraît pas douter de sa légalité [82]. Et M. Voirin pense qu'elle est parfaitement conforme au droit commun des droits réels de jouissance [83]. Il faut tout au moins que ces restrictions se justifient par la nécessité ou le désir de protéger le gibier ou d'améliorer la chasse. Sans couvert de restrictions le propriétaire ne peut en effet prendre des mesures qui empêcheraient le preneur d'exercer son droit.

Il est certain, en particulier, que le preneur ne perd pas son droit de chasser du fait que le propriétaire aura cédé ou loué son droit de chasse à un tiers. Le droit du preneur est opposable à tous, aussi bien au locataire du droit de chasse qu'au propriétaire. On a même admis qu'il était opposable aux locataires du droit de chasse antérieurs à la loi de 1946 [84]. Il en résulte pour ces locataires une privation partielle de la chose louée, qui pourra justifier une réduction du loyer conformément à l'article 1722 du Code civil [85], mais non, estime la Cour de Paris [86], la résiliation du bail, car le droit de chasser du preneur « dimi-

81. R. Savatier, *Manuel...*, n° 59 ; chron. précitée, p. 129, col. 1, et 131, col. 2.

82. Cf., Trib. par., Meulon, 15 février 1948, Rev. fermages, 1949, 102. — Paris, 14 novembre 1949 : D. 1950.J.68. — Angers, 1er décembre 1949 : D. 1950.S.31.

83. Voirin, J.C.P., 1950, éd. N.II.5700, par. 111. — Comp. Giffard, art. précité, n° 6. — De Juglart, *op. cit.*, n° 353.

84. R. Savatier, *Manuel...*, n° 59, chron. précitée, p. 129, col. 1. — Giffard, art. précité, n° 10. — Trib. par., Issoudun, 27 avril 1947 : Gaz. Pal., 1947.2.20 ; D. 1947.S.39 ; J.C.P., 1950, éd. N.II.5711, obs. Voirin. — Paris, 14 novembre 1949 : D. 1950.J.68. — *Contra*, H. Desbois, D. 1946.L.288, col. 2. — Comp., Ourliac et de Juglart, *op. cit.*, n° 44.

85. Trib. par., Issoudun, 27 avril 1947 précité.

86. Paris, 14 novembre 1949, précité, infirmant, Trib. civ. Seine, 5 mai 1948 ; Gaz. Pal. 1948.2.85.

nue bien l'efficacité du droit du locataire de la chasse, mais il ne rend pas impossible l'usage auquel la chasse était destinée ». Cette remarque est exacte en principe, mais, pratiquement, tout dépendra de l'état d'esprit du fermier. M. Savatier a montré, en effet, avec beaucoup de finesse et de perspicacité, qu'à défaut d'entente et de courtoisie réciproque, l'exercice concurrent du droit de chasse et du droit de chasser aurait tôt fait de rendre intolérable la pratique de la chasse [87].

47. Ces caractères de la nouvelle prérogative accordée au preneur permettent d'en préciser la *nature*.

Le fait que le droit de chasser a un caractère essentiellement personnel pourrait au premier abord faire penser qu'il s'agit d'un droit de créance. Ce serait une confusion regrettable. Le mot personnel est ici pris dans le sens d'attaché à la personne, d'exclusivement propre, et n'a rien à voir avec le droit de créance. Il existe, d'ailleurs, des droits réels, tels les droits d'usage ou d'habitation, qui ont ce caractère personnel. Aussi le Tribunal correctionnel d'Argentan a-t-il déformé la nature du droit de chasser, lorsque, pour refuser au preneur le droit de se porter partie civile contre un délinquant trouvé en action de chasse sur les terres affermées, il fait de ce preneur un invité légal du propriétaire [88]. Il y a une différence fondamentale entre le droit du preneur et celui de l'invité. A vrai dire, l'invité n'a aucun droit ; il bénéficie d'une simple tolérance, d'un acte de courtoisie du propriétaire. Il en est tout autrement du preneur qui a un véritable droit de chasser [89].

Ce droit, avons-nous vu, est opposable à tous. Il s'agit donc d'un droit qui, par son efficacité à l'égard des tiers, s'apparente étroitement aux droits réels. Et M. Savatier, examinant sa nature juridique, conclut qu'il s'agit d'un droit « faisant partie de la famille large et diverse des droits qu'on nomme génériquement droits réels d'usage » [90]. M. Voirin a critiqué cette analyse. Pour lui, la nature du droit de chasser est d'ailleurs une question mal posée, car ce droit n'est pas un droit indépendant, distinct du droit au bail et se surajoutant à lui ; il s'agit simplement d'un attribut, d'un élément du droit au bail. C'est donc la nature du droit au bail qu'il importe de définir, et on caractérisera du même coup toutes les prérogatives qui s'y ratta-

87. R. Savatier, chron. précitée, p. 130-131.
88. Trib. corr. d'Argentan, 16 décembre 1946, précité.
89. Cf., note R.S., D. 1949.J.232.
90. R. Savatier, chron. précitée, p. 129, col. 2, et note, D. 1949.J.232.

chent [91]. M. Voirin reconnaît cependant que les caractères de ce droit de chasser orientent nettement l'interprète vers la catégorie des droits réels [92]. Quelle que soit, en effet, l'opinion que l'on adopte sur ce problème, il paraît désormais impossible de prétendre que le preneur n'obtient qu'un droit de créance contre le bailleur. Le pouvoir direct d'utilisation ou d'usage du domaine que comporte le droit de chasser, pouvoir directement opposable non seulement au bailleur, mais au tiers, ne cadre plus avec l'analyse du droit du preneur en un simple droit de créance.

§ 2

La stabilité du droit du preneur Sa vocation à la propriété

48. Assurer la stabilité du preneur sur l'exploitation a été la préoccupation essentielle du législateur de 1945. Cette mesure paraît conforme à l'intérêt général et à la prospérité de l'entreprise agricole. Elle permet au preneur d'envisager l'avenir avec confiance et sécurité ; elle développe et stimule ses initiatives ; elle lui évite de ne songer qu'à une jouissance immédiate de la terre, et favorise l'organisation d'une exploitation de longue durée.

Cette stabilité de la situation du preneur se traduit tout d'abord par la quasi-perpétuité de son droit au bail. Non seulement le législateur impose une durée minimum au contrat de bail, mais encore, à l'expiration de cette durée, le preneur est en droit d'exiger le renouvellement du bail, d'obtenir par conséquent la continuation de sa jouissance à laquelle le propriétaire ne peut s'opposer qu'en des cas exceptionnels. Et, comme ce renouvellement ne s'épuise pas par le premier usage, le droit au bail reçoit ainsi un « caractère de perpétuité que seuls possèdent les droits réels » [93].

La sécurité du preneur dans la durée de sa jouissance se double en outre d'un espoir, d'une vocation éventuelle à la propriété. Lorsque le propriétaire désire aliéner le domaine, le fermier peut exercer un droit de préemption, qui lui permet d'acquérir de préférence à toute autre personne. Il y a là une mesure qui

91. Voirin, J.C.P., 1950, éd. N.II.5700. § II et III.
92. J.C.P., 1950, éd. N.II.5711, § III.
93. Cf., Vitu, art. précité, p. 282.

porte une atteinte considérable au pouvoir de libre disposition du propriétaire et qui renforce encore la situation du preneur et ses pouvoirs sur le fonds loué.

A. — La durée du bail

49. « Nonobstant toutes clauses et tous usages contraires, la durée du bail *ne peut être inférieure à neuf ans.* » (art. 21, al. 1).

La portée de cette disposition a soulevé plusieurs difficultés.

Tout d'abord, on s'est demandé si elle était applicable aux baux en cours au moment de la publication de la loi. Les termes catégoriques de l'article 21 et la disposition générale de l'article 49, déclarant le statut applicable aux baux en cours, semblaient imposer une réponse affirmative [94]. Mais la question se trouvait compliquée par l'article 20, § 2, disposant qu'à défaut d'écrit enregistré dans les trois mois de la loi, les baux verbaux seraient censés faits pour neuf ans ; et par l'article 48, § 1, déclarant que les baux qui prendront fin moins d'un an après la publication de la loi seraient prorogés d'un an [95]. Après certaines hésitations, doctrine et jurisprudence sont tombées d'accord pour dire que les baux écrits et enregistrés antérieurs à la promulgation du statut conservaient la durée qui leur avait été fixée, même si elle était inférieure à neuf ans. La Cour de Cassation a basé sa solution sur l'argument tiré « a contrario » de l'article 20, alinéa 2 [96].

50. Ensuite, on a pu s'interroger sur l'étendue de la force obligatoire de cette disposition.

Il est certain que le bailleur ne peut stipuler à son profit une

94. Cf., R. Savatier, *Législation nouvelle...*, n° 12.

95. Cf., R. Savatier, *Manuel...*, n° 26. — Notes, D.1948.J.125.434 ; D. 1949. J.157.

96. Cf., R. Savatier, *loc. cit.* — Ourliac et de Juglart, *op. cit.*, n° 21 ; obs. J.C.P. 1948.II.4090 ; *La durée des baux ruraux*, J.C.P. 1948.I.738. — Soc., 9 juillet 1948 : D. 1948.J.567. — 24 juillet 1948 : D. 1949.J.157, note R. Savatier. — 30 juillet 1948 : J.C.P. 1949.II.4650 *bis*, obs. O.J. ; Rev. Fermages, 1949.135. — 19 octobre 1950 : D. 1951.S.11. — Comp., Soc., 1er août 1947 : D. 1948.J.125, note R. Savatier ; J.C.P. 1948.II.4090, obs. Ourliac et de Juglart. — 26 février 1948 : D. 1948.J.434, note R. Savatier. — V., *Contra*, note Giffard, Rev. Fermages, 1948, 404.

Signalons que l'article 20 (alinéa 4) permet également d'écarter la durée de 9 ans pour les baux de parcelles. Cf., R. Savatier, *Manuel...*, n° 19 et 168. — Ourliac et de Juglart, *op. cit.*, n° 16 et 26. — P. Esmein, *De la détermination des parcelles dont les baux comportent dérogation au statut du fermage*, Rev. Fermages, 1948, p. 367. — Giffard, *Le statut des baux ruraux et le louage des parcelles de terre*, Rép. gén. du not., 1949, art. 26725, n° 9.

clause de résiliation anticipée ; cette clause tomberait sous le coup de l'article 46, qui répute non écrite toute disposition des baux restrictive des droits stipulés par l'ordonnance [97]. Mais ne peut-on admettre la validité d'une telle clause si elle est stipulée au profit du preneur ? M. Esmein fait valoir pour l'affirmative que l'article 46 ne concerne pas les dispositions favorables au preneur [98] ; on pourrait ajouter que l'intérêt général de la production agricole sera bien mal représentée par un exploitant qui n'aura d'autre désir que de quitter l'exploitation ; et le bailleur peut avoir également intérêt à accepter une telle clause. Cette raison d'intérêt général commande, en tout cas, d'admettre la possibilité d'une résiliation amiable, conclue d'un commun accord, en cours de bail [99]. Bien souvent, cette résiliation évitera un désaccord latent. Et il est préférable, à tout point de vue, que les parties se séparent dans l'entente plutôt que de continuer l'exploitation dans la dispute [100].

Inversement, on ne voit aucune raison pour interdire aux parties de stipuler d'un commun accord une durée du bail supérieure à 9 ans [101]. La stabilité de l'exploitation qu'a essentiellement recherchée le législateur ne peut qu'y gagner. Et les termes de la loi n'imposent nullement une solution contraire ; il n'est pas dit que le bail doit être fait pour 9 ans, mais qu'il ne peut être fait pour moins de 9 ans. Bien qu'on puisse estimer que la solution inverse ne présente pas de sérieux inconvénients du fait de l'automatisme du droit au renouvellement [102], la question n'est pas sans intérêt, car ce renouvellement n'est pas absolu, puisqu'il ne s'impose pas au preneur et qu'en certains cas il peut être évité par le bailleur [103].

97. Toutefois, l'article 21 al. 2 permet au bailleur d'insérer au bail une clause l'autorisant à reprendre le fonds, à l'expiration de chaque période triennale pour installer un fils ou une fille. Cf., R. Savatier, *Manuel...*, n° 177. — Ourliac et de Juglart, *op. cit.*, n° 27-77.

98. P. Esmein, Gaz. Pal., 1945, 2, Doct., p. 60. — *Contra,* Ourliac et de Juglart, *op. cit.*, n° 26.

Dans l'article 24 du statut, le législateur a prévu un certain nombre de cas de résiliation anticipée, mais il ne s'agit pas d'une énumération limitative des causes de résiliation. Cf., Desbois, D. 1946.L.290, col. 2 ; et note, D. 1947.J.9, col. 2.

99. R. Savatier, *Manuel...*, n° 173. — Ourliac et de Juglart, *op. cit.*, n° 86. — Esmein, Gaz. Pal., 1946, 2, p. 26. — Comm. par Issoudun, 15 mai 1946 : D. 1947.J.7, note H. Desbois.

100. Cf., H. Desbois, D. 1946.L.122, col. 2 et 3. — R. Savatier, *op. cit.*, n° 173. — Ourliac et de Juglart, *loc. cit.*

101. *Contra,* Ourliac et de Juglart, *op. cit.*, n° 26.

102. Ourliac et de Juglart, *loc. cit.*

103. R. Savatier, *op. cit.*, n° 166. — M. Savatier a fait remarquer qu'il doi être possible aux parties de conclure à la fin d'un bail une prorogation du bail pour un temps limité, prorogation qui ne serait ni un nouveau bail, ni un renouvellement, et échapperait ainsi à la règle des 9 ans. Voir, R. Savatier, *Prorogation de bail ou bail nouveau ?* Revue des Fermages, 1950, p. 374.

B. — Le droit au renouvellement du bail

51. A l'expiration du bail, le preneur a le droit d'en obtenir le renouvellement (art. 26).

Ce droit appartient à tout preneur de biens ruraux soumis au régime du statut. On a beaucoup discuté pour savoir s'il s'appliquait aux baux de parcelles. Au premier abord, il le semblerait, car l'article 20, al. 4, qui exclut pour ces baux certaines dispositions du statut, ne renvoie pas expressément à l'article 26 qui vise le renouvellement [104]. Mais cette solution conduisait, notamment quant aux délais de congé, à des conséquences apparemment absurdes. Aussi une partie de la doctrine, suivie par plusieurs tribunaux, s'est prononcée contre l'application du renouvellement aux baux de parcelles [105]. Cette solution a été adoptée par la Cour de Cassation [106].

Le renouvellement est obligatoire pour le propriétaire. Il ne peut s'y opposer que s'il invoque des motifs graves et légitimes, ou s'il veut effectuer lui-même l'exploitation du domaine (article 26). La première hypothèse n'est qu'une application particulière de la résiliation du bail pour mauvaise exploitation ou manquement du preneur à ses obligations : résiliation que le bailleur peut obtenir à n'importe quelle date ; et les motifs qui permettent de s'opposer au renouvellement sont les mêmes que ceux qui entraînent la résiliation [107]. A vrai dire, par consé-

104. Pour cette solution, R. Savatier, *Manuel...*, 1re éd., n° 19, 181. — H. Desbois, D. 1946.L.110, col. 3 et 278, col. 2 *in fine*. — Délobel, Marie-Cardine et Fortin, *op. cit.*, n° 91. — Justin, *Le nouveau statut des baux ruraux*, p. 66. — Trib. par. arr., Riom, 19 mars 1947 : Rev. Fermages, 1947, 407, note H. Desbois. — Trib. par. arr., Vitré, 26 février 1947 ; Gaz. Pal. 1947.2.163, et 24 octobre 1947 : D. 1948.J.148, note R. Savatier. — Trib. par. arr., Rennes, 14 novembre 1947 : D. 1948.J.151. — Trib. par. arr., Dieppe, 1er février 1949 : Revue Fermages, 1949, 229, note Giffard. — Trib. par. arr. de Falaise, 25 novembre 1947 : D. 1949.J.142, note R. Savatier.

105. Cf., Esmein, *Gaz. Pal.*, 1947, 1, Doct. p. 26, n° 4. — Ourliac et de Juglart, *op. cit.*, n° 63. — Giffard, *Le renouvellement des baux de parcelles*, Rev. Fermages, 1949, 230. — Trib. par., Fontenay-le-Comte, 22 juillet 1947 : Gaz. Pal. 1947.2.193 ; D. 1948.143, note R. Savatier. — Trib. par. cant., Saint-Malo-de-la-Lande, 14 mars 1947 : Gaz. Pal. 1947.2.193. — Trib. par. arr., Foix, 16 juillet 1947 : J.C.P. 1947.II.4002. — Trib. par. cant., Navarrenx, 30 juillet 1947 : J.C.P. 1947.II.4001.

106. Soc. 10 juin 1949, Dourdy et Castéra, c./ Franzini ; J.C.P. 1949.II.5118, note Ourliac et de Juglart ; D. 1949.J.531. — Comp. Soc., 17 mars 1949 : Rev. Fermages, 1949, 273.

107. Cf., R. Savatier, *op. cit.*, n° 175 et 182. — Ourliac et de Juglart, *op. cit.*, n° 83. — *Contra*, Chauveau, J.C.P. 1946.I.489, n° 46, qui estime que les faits permettant de s'opposer au renouvellement pourraient être moins graves que ceux qui entraînent la résiliation. Solution condamnée par la Cour de Cassation (Soc., 21 juillet 1950, *Bonjour*, cité par Ourliac et de Juglart, p. 200, note 306).

L'ord. de 1945 donnait une énumération assez large des motifs de non renouvellement ; à côté des agissements de nature à compromettre la bonne

quent, le bailleur n'a qu'un seul moyen pour faire réellement obstacle au droit de renouvellement ; c'est de reprendre le bien pour le cultiver lui-même. Les conditions de cette reprise sont sévèrement déterminées par le législateur. Nous ne pouvons pas entrer ici dans le détail de cette réglementation, ni examiner les difficultés qu'a soulevées son application [108]. Le droit de reprise du bailleur constitue en effet la seule brèche ouverte dans la position stable et durable faite au preneur. C'est par cette brèche que les bailleurs se sont efforcés d'échapper à l'application ou aux conséquences du statut. Ils ont essayé d'utiliser au maximum les facultés de reprise qui leur étaient accordées. Les difficultés et les procès qu'a suscités cette matière ont été très nombreux. Et le législateur est intervenu plusieurs fois pour essayer de mettre fin à ce qu'il considérait comme des abus du droit de reprise, en imposant des conditions toujours plus rigoureuses à l'exercice de la reprise. Récemment encore, on a signalé au Parlement des reprises abusives, « qui ont scandalisé de nombreux membres de la Commission de l'Agriculture » [109] ; et l'on a proposé en conséquence d'exiger que le bénéficiaire de la reprise exerçât à titre principal la profession d'agriculteur et participât lui-même à l'exécution des travaux d'une manière effective et permanente [110].

Pièce maîtresse du nouveau statut, le droit au renouvellement est d'ordre public. Toute clause ou convention qui tendrait à y faire échec serait nulle (art. 26 et 46). Il semblerait donc que le preneur ne puisse renoncer à ce droit, et qu'il lui soit seulement permis de ne pas l'exercer en donnant congé conformément à

exploitation du fonds, elle visait « les griefs graves et imputables au preneur ». La loi de 1946 a supprimé cette expression. On a pu penser ainsi qu'elle ne protège plus que les intérêts de la production agricole à l'exclusion des intérêts personnels du propriétaire. Cf., Vitu, article précité, p. 292.

108. Cf., R. Savatier, *Manuel...*, n° 184, et note, D. 1949.J.93. — Ourliac et de Juglart, *op. cit.*, n° 76 et s. ; *Le droit de reprise devant les Tribunaux paritaires*, J.C.P. 1947.I.598 ; *Le droit de reprise du propriétaire d'un bien rural et la jurisprudence de la Cour de Cassation*, J.C.P. 1950.I.836. — P. Esmein, *Le droit de reprise à fin d'exploitation personnelle par le propriétaire d'un bien rural affermé*, J.C.P. 1948.I.686. — Giffard, *L'exploitation personnelle effective et permanente par le bénéficiaire du droit de reprise*, Rep. gén. not., 1948, art. 26654. — H. Desbois, *Le contrôle judiciaire des conditions légales du droit de reprise*, Rev. des Fermages, 1949, 113 et s. — Boudriot, *Le droit au renouvellement du bail*, th. cit., p. 216 et s. — Cousteix, *Des restrictions au droit de propriété en matière de baux ruraux*, thèse dact., Paris, 1949, p. 95 et s.

109. J.O., Déb. Ass. Nat., 1re séance du 3 novembre 1950, p. 7419, col. 2.

110. Rapport présenté au nom de la Commission de l'Agriculture par M. Lamarque-Cando ; nouveau texte proposé par la Commission pour l'article 33 de l'ordonnance de 1945, J.O., Doc. Parl., 1950, n° 10687. La Commission de la Justice consultée pour avis s'est prononcée contre l'adoption de ce nouveau texte, cf., n° 11132.

l'article 30. Mais la Cour de Cassation a admis la possibilité d'une renonciation en cours de bail [111].

Le renouvellement est automatique. Le preneur n'a pas à le demander ; il doit, au contraire, avertir le bailleur s'il n'entend pas en bénéficier. Dans le silence des parties, le renouvellement s'opère de lui-même, par une sorte de tacite reconduction [112] ; et il donne naissance à un nouveau bail, aux mêmes conditions que le précédent, mais d'une durée de 9 ans [113].

Chaque partie est cependant libre de demander la modification des clauses du bail à renouveler. A défaut d'accord, le nouveau bail est imposé par le Tribunal paritaire qui détermine le fermage. La durée en sera de 9 ans et les conditions seront celles du contrat type publié par l'arrêté préfectoral [114].

52. Ainsi, le mécanisme du renouvellement supprime pratiquement toute intervention et toute liberté du bailleur. *Le droit de renouvellement apparaît donc comme un droit du preneur sur le bien loué* et non comme un simple droit de créance contre ce bailleur [115]. Sa comparaison avec le droit de renouvellement accordé au locataire commerçant par la loi du 30 juin 1926, fait très bien ressortir ce caractère [116]. Le preneur à bail rural n'a pas comme le locataire commerçant un simple droit à indemnité pour le préjudice que lui causerait le refus du renouvellement ; il possède un véritable droit d'exiger le maintien de sa jouissance ; pratiquement, c'est son droit de jouissance qui, pour une durée indéterminée, devient opposable au propriétaire et même aux tiers. C'est ainsi que le droit au renouvellement a été reconnu opposable au tiers auquel le propriétaire avait consenti un nouveau bail [117].

111. Cass. soc., 7 novembre 1947 : Gaz. Pal. 1948.1.90.

112. Cf., R. Savatier, *op. cit.*, n° 179.

113. Cf., Article 30, al. 2. — Ourliac et de Juglart, *op. cit.*, n° 66. — Soc., 7 décembre 1950 : D. 1951.J.159.

114. On estime que le Tribunal paritaire n'a pas le pouvoir de modifier les clauses du contrat-type. Cf., Ourliac et de Juglart, *loc. cit.* — R. Savatier, *op. cit.*, n° 185.

Sur la possibilité pour le bailleur de faire insérer au nouveau bail une clause permettant la reprise triennale en faveur de ses enfants, cf., Soc., 16 janvier 1948 : D. 1949.J.41, note R. Savatier ; J.C.P. 1949.II.4879, obs. Ourliac et de Juglart.

115. « Un occupant qui peut se maintenir indéfiniment dans les lieux loués à des conditions auxquelles le propriétaire n'a pas librement souscrit, n'est-il pas à considérer comme le titulaire d'un droit réel le mettant en rapport direct avec la chose », Josserand, *Configuration du droit de propriété dans l'ordre juridique nouveau*, Mélanges Sugiyama, p. 106.

116. Voir pour cette comparaison la remarquable étude précitée de M. Vitu, notamment pour la nature du droit du preneur, p. 280-283.

117. Soc., 13 mars 1948 : Rev. de la législation agricole, 1948, p. 118 ; Rev. Ferm., 1949, 30, note Giffard.

Toutefois, cette opposabilité aux tiers serait fortement limitée si se confirmait l'intention de la Cour de Cassation, manifestée dans un arrêt du 22 juillet 1949, de subordonner l'opposabilité du droit au renouvellement au tiers acquéreur à la nécessité d'un bail ayant date certaine, conformément à l'article 1743 du Code civil [118]. Cette difficulté se présente d'une manière analogue en matière de baux de locaux d'habitation ou de locaux à usage commercial. Et la tendance récente de la jurisprudence, expressément consacrée par la Cour de Cassation pour les baux d'habitation, était d'écarter l'application de l'article 1743 [119]. Lors de l'étude de ces baux, nous ferons un examen détaillé de cette question. Mais on peut remarquer tout de suite qu'une solution identique serait ici parfaitement acceptable.

Certes, l'existence du droit au renouvellement est liée à l'existence et à la validité du bail ; il suppose l'existence d'un bail en cours ou prorogé [120]. Mais la loi n'exige pas expressément que le bail soit opposable au propriétaire, selon les conditions de l'article 1743, pour donner droit au renouvellement. L'inopposabilité du bail au tiers acquéreur pour défaut de date certaine laisse subsister la régularité originaire du bail et la validité intrinsèque du titre. Or, l'article 26 de l'ordonnance du 17 octobre 1945 semble bien se contenter de cette validité, puisqu'en déclarant que « tout preneur a droit au renouvellement de son bail », il ne paraît apporter aucune restriction à l'opposabilité de ce droit. Dire que, le législateur n'ayant pas écarté expressément l'article 1743, celui-ci doit recevoir application [121] n'est pas suffisant, à moins d'admettre que le droit au renouvellement n'est qu'un attribut, qu'un élément du droit au bail et soumis en conséquence à toutes les conditions d'existence et de validité de ce droit. Mais si l'on considère que ce droit au renouvellement constitue un droit distinct du droit au bail, s'ajoutant à celui-ci

118. Soc., 22 juillet 1949 : Rev. de la législation agricole, 1949, p. 218 ; Rev. Ferm., 1950, 135. — Comp. cep., pour le droit de préemption, Soc., 29 juillet 1950 : Gaz. Pal. 1950.2.351 ; J.C.P. 1951.II.5988, obs. P. Esmein. — Voir également, Béraud, *La nature du droit de préemption en matière de baux à ferme et l'article 1743 du Code civil*, Répertoire Commaille 1951.1.57. — La Cour de Cassation vient de confirmer son arrêt du 22 juillet 1949 (Soc., 26 juillet 1951 : J.C.P. 1951.II.6524, note Ourliac et de Juglart) ; elle tendrait ainsi à une solution différente pour les baux ruraux et pour les baux d'habitation.

119. Cf., *infra*, n° 65 et s., et 81 et s.

120. Cf., Article 49. — R. Savatier, *op. cit.*, n° 180 *bis*. — Caen, 1er juin 1946 : D. 1946.J.348, note Voirin. — Com. par. arr., Lille, 19 juillet 1946 : Rev. Fermages, 1947, p. 165. — Trib. par. arr., Rouen, 28 mars 1947 : J.C.P. 1947.II.3650, obs. H. Desbois. — Comp., Soc., 8 mai 1947 : J.C.P. 1947.II.3650, obs. Ourliac et de Juglart, D. 1947.J.353, note Savatier.

121. Cf., Soc., 22 juillet 1949, précité.

pour en renforcer la valeur et en perpétuer l'existence, mais soumis à des conditions propres, c'est au contraire une volonté formelle d'appliquer l'article 1743 que l'on doit exiger du législateur, puisque cet article ne concernant que le droit au bail ne peut s'appliquer automatiquement au droit au renouvellement. Or, il semble bien que cette conception corresponde à la réalité davantage que la première, à condition de la restreindre à ses justes limites ; le droit au renouvellement est en effet lié au droit au bail et incorporé en quelque sorte à celui-ci, en ce sens qu'il ne se comprend pas sans droit au bail et n'existe que pour lui ; mais il n'empêche que le législateur, lorsqu'il en règlemente les conditions d'existence et l'exercice, l'envisage en lui-même comme un droit particulier, indépendant, octroyé à tout preneur, sans égard à la valeur extrinsèque du bail.

Quoi qu'il en soit de cette question, on ne peut nier que les caractères de ce droit au renouvellement réagissent sur ceux du droit au bail. Celui-ci perd une grande partie de cette fragilité qui le rapprochait des droits de créance ; il acquiert une stabilité qui le conduit vers les droits réels. Et si l'on songe que le droit au renouvellement peut être indéfiniment exercé, et qu'au décès du preneur il passera avec le droit au bail aux héritiers, on conçoit qu'il ne soit pas abusif de dire que le preneur possède une sorte de propriété utile en attendant d'obtenir, grâce à son droit de préemption, la propriété entière.

C. — Le droit de préemption

53. Le législateur de 1945 a placé en tête des nouvelles dispositions le droit de préemption du preneur. Ce n'était pas sans doute la réforme la plus urgente, mais elle correspondait à tous les désirs qui animaient ce législateur ; d'une part, elle donnait une première satisfaction aux revendications des fermiers et métayers ; elle renforçait l'espoir qui était au cœur de tous de devenir un jour propriétaires ; d'autre part, elle était conforme à l'idée que le meilleur représentant de l'exploitation agricole est celui qui est propriétaire des biens qu'il cultive et qu'il convient par conséquent de favoriser l'accès de l'exploitant à la propriété.

La réforme en elle-même paraissait louable, mais sa réalisation technique le fut moins. L'ordonnance de 1945 a organisé une procédure longue et compliquée qui a frappé d'une sorte de paralysie les transactions immobilières rurales [122].

122. Cf., R. Savatier, *Manuel...*, n° 141.

Ces inconvénients ont été aggravés par le législateur de 1946. Il a encore alourdi le mécanisme du droit de préemption. Mais surtout il est allé beaucoup plus loin que le législateur de 1945, en instituant un droit de préemption subsidiaire au profit des professionnels de l'Agriculture. Il s'agissait bien encore de favoriser l'accès de la propriété foncière aux personnes qui se livreraient à une exploitation personnelle, mais la réforme était sans lien logique avec le statut du fermage et du métayage. C'était plutôt une réforme du statut de la propriété rurale, et une réforme incomplète, puisqu'elle ne concernait que les propriétés données à bail [123].

L'organisation technique de ce droit de préemption subsidiaire, introduit dans la loi par voie d'amendement, est en outre extrêmement défectueuse. C'est un droit de préemption virtuel qui ne s'ouvre que si le preneur renonce à exercer le sien, et rien n'est prévu pour permettre à ses bénéficiaires, très nombreux, d'en connaître l'ouverture ; enfin, la plus grande incertitude règne sur les sanctions applicables au cas où il serait méconnu [124]. Dans la pratique, d'ailleurs, ce droit ne semble pas avoir eu beaucoup de succès ; son application en tout cas a suscité peu de différends [125]. Mais, chose curieuse, et sans doute inaperçue par le législateur de 1946, il s'est retourné contre le preneur en place que le statut visait à favoriser. Le professionnel de l'agriculture qui achète est en effet obligé de cultiver le fonds lui-même, il en résulte que non seulement il va pouvoir expulser en fin de bail le preneur qui n'a pas exercé son droit de préemption, mais qu'il a même l'obligation de le faire. C'est la solution qu'a logiquement consacrée la jurisprudence en décidant que cet acquéreur pouvait s'opposer au renouvellement du bail sans avoir besoin de donner congé [126].

En définitive, le droit de préemption des professionnels de l'agriculture a mécontenté tout le monde [127]. Il a été condamné par le Conseil Economique [128]. Et, lors de la dernière discussion

123. M. Tanguy-Prigent, Ministre de l'Agriculture, s'était élevé contre ce « mélange effroyable » des dispositions. Cf., J.O., Déb. parl., 1946, p. 1286.

124. Cf., R. Savatier, *op. cit.*, n° 140. — Ourliac et de Juglart, *op. cit.*, n° 117.

125. Trib. par., Octeville, 19 mai 1947 : Gaz. Pal. 1947.2.173. — Trib. par. cant., Saint-Pierre-Chignac, 11 décembre 1947 : Rev. pay. dr. rural janvier 1948, p. 26.

126. Trib. par. arr., Mortagne, 23 juillet 1947 : J.C.P. 1948.II.4420, obs. R. Savatier : D. 1948.J.268, note H. Lalou. — *Contra*, Trib. par. arr., Beauvais, 19 mars 1948, *ibid.*, cassé par Soc., 9 janvier 1950 : J.C.P. 1950.II.5418, obs. Ourliac et de Juglart ; D. 1950.J.141, note H. Lalou.

127. Cf. Ourliac et de Juglart, obs. au J.C.P. 1950.II.5418 *in fine*.

128. Conseil Economique, *La réforme du statut du fermage*, Rapport Fromont, p. 23.

de la réforme du statut, la Commission de l'Agriculture et la Commission de la Justice ont été d'accord pour en proposer la suppression [129].

Quant au droit de préemption des preneurs, il conviendrait sans doute d'en simplifier le mécanisme dont la complication n'a fait que faciliter un « marchandage honteux » et « un maquignonnage occulte » [130]. Le meilleur procédé serait de transformer ce droit de préemption en un droit de retrait [131]. Mais le législateur n'a pas manifesté l'intention de s'engager dans cette voie qui peut paraître défavorable aux preneurs ; bien au contraire, la Commission de l'Agriculture de la précédente législature avait proposé d'accroître encore les avantages de ces derniers, en soumettant au mécanisme normal du droit de préemption les ventes par adjudication volontaire, ce qui aurait pour résultat d'entraîner la fixation du prix par le Tribunal paritaire et ne pourrait que rendre sans intérêt ce mode d'aliénation.

54. La détermination des actes soumis au droit de préemption a soulevé des difficultés d'interprétation qui ont dû être tranchées par la Cour de Cassation. Celle-ci semble décidée à restreindre l'exercice de ce droit aux seules ventes. Le principe directeur est que, sauf le cas de fraude, le droit de préemption ne peut s'appliquer aux actes qui ne permettent pas au preneur de fournir la contre-partie désirée par le bailleur. C'est pour cette raison que le droit de préemption ne peut jouer au cas d'échange [132], ni pour un bail à nourriture [133]. La doctrine donne la même solution pour le cas d'un apport en société [134]. Et il paraît normal de décider de même pour le partage [135]. En revan-

129. Cf., Rapport Lamarque-Cando, J.O., Doc. Parl. Ass. Nat., 1950, n° 10687 ; et Avis Dufos du Rau, n° 11132.

130. Conseil Economique, *loc. cit.* — Comp., Ourliac et de Juglart, *op. cit.*, n° 119. — R. Savatier, *op. cit.*, n° 141.

131. Cf., R. Savatier, *op. cit.*, n° 148.

132. Soc., 13 mai 1949 : J.C.P. 1949.II.4974, obs. Ourliac et de Juglart ; D. 1949.J.477, note R. Savatier.

133. Trib. par. cant., Créon, 9 août 1949 : J.C.P. 1949.II.5105, obs. R. Savatier.

134. R. Savatier, *op. cit.*, n° 90. — Ourliac et de Juglart, *op. cit.*, n° 89. — Esmein, Gaz. Pal., 1947, 1, Doc., p. 29, n° 17. — Mégret, Rev. des Fermages, 1947, p. 7. — Délobel, Marie-Cardine et Fortin, n° 310 et s.

135. R. Savatier, *op. cit.*, n° 87, et obs. au J.C.P. 1948.II.4539. — Ourliac et de Juglart, *op. cit.*, n° 91. — De Juglart, *L'exploitation rurale*, n° 282. — Rép. minist., 6 février 1946, J.O., Débats, 1946, p. 229 ; 21 avril 1948, J.O., Débats Ass. Nat., 1948, p. 2157. — Trib. par. cant., Pervenchères, 31 juillet 1950 : J.C.P. 1950.II.5893, obs. R. Savatier. — Voir cep., Soc., 4 juin 1948 : J.C.P. 1948.II.4539, obs. R. Savatier ; Rép. gén. not., 1948, art. 266433, note Ourliac et de Juglart.

che, le droit de préemption est applicable à toute vente [136], à l'exclusion de celles faites entre proches parents (art. 1). Le bailleur conserve la possibilité de vendre le domaine par parcelles [137] ; le droit de préemption peut s'exercer alors pour chaque parcelle [138].

Pour permettre l'exercice du droit de préemption, le bailleur doit notifier au bénéficiaire de ce droit le prix, les conditions et les modalités de la vente projetée. Le preneur a un mois pour faire connaître son intention ; son silence équivaut à un refus. Au cas d'acceptation, la notification de celle-ci a pour effet de rendre la vente parfaite entre le bailleur et le preneur (art. 6) [139].

Mais le preneur bénéficie d'une autre prérogative fort importante. « S'il estime que le prix et les conditions demandés de la vente sont exagérés, il peut en saisir le Tribunal paritaire qui fixe, après enquête et expertise, la valeur vénale des biens et les conditions de la vente. » (art. 5 *bis*, al. 1). Ainsi, le droit de préemption diffère complètement de la technique classique du retrait. Le preneur ne bénéficie pas d'un simple droit de se substituer à un acquéreur éventuel ; *il possède un véritable droit d'acquérir à des conditions qui ne seront pas fixées librement par le bailleur,* mais imposées par le Tribunal paritaire. Le bailleur peut, certes, renoncer à la vente (art. 5 *bis*, al. 2) ; il n'en perd pas moins la possibilité de vendre aux conditions qu'il désirait.

La technique du retrait a cependant été conservée dans le cas de vente par adjudication. Le preneur doit alors être convoqué à l'adjudication cinq jours à l'avance, et il bénéficie d'un autre délai de cinq jours pour se substituer à l'adjudicataire, sans pouvoir faire modifier le prix fixé par l'enchère [140].

136. Pour le cas d'une vente moyennant rente viagère, cf., Soc., 2 août 1948 : Bull. civ., 1948, n° 847 ; Rev. Fermages, 1949, 26, la Cour de Cassation a refusé l'exercice du droit de préemption, car le service de la rente était garanti par une hypothèque sur un immeuble propre à l'acquéreur ; elle a estimé que cette clause empêchait le preneur de fournir la contre-prestation désirée par le bailleur.

137. Soc., 2 juin 1950 : D. 1950.J.645, note R. Savatier.

138. Trib. par. arr., Rochefort, 8 juillet 1947 : D. 1949.J.241, note R. Savatier.

139. V., R. Savatier, *op. cit.*, n° 108 et s. — Ourliac et de Juglart, *op. cit.*, n° 102 et s.

140. Cf., Soc., 18 juin 1948 : J.C.P. 1948.II.4507, obs. Ourliac et de Juglart. — 2 juin 1950 : D. 1950.J.645, note R. Savatier.

On a contesté à l'adjudicataire le droit de surenchérir après son éviction par le fermier. Cf., R. Savatier, *Manuel...*, n° 116 ; notes au D. 1947.J.121 et D. 1950.J.645. — La Cour de Rennes, infirmant un jugement du Trib. civ. de Morlaix du 8 janvier 1947 (J.C.P. 1947.II.3815, obs. Voirin ; D. 1947.J.121, note R.S. ; et les observations de M. Raynaud, Rev. trim. dr. civ., 1947, p. 362) avait admis cette solution (Rennes, 29 juillet 1947 : J.C.P. 1947.II.3977, obs. Voirin ; D. 1947.J.433, et les observations de M. Raynaud, Rev. trim. dr. civ., 1948, 107). Mais devant les critiques qui lui furent adressées (cf. les observations de M. Voirin et de M. Raynaud) et la résistance que cette solu-

55. La substitution du preneur à l'acquéreur devrait également être la *sanction* logique de la violation du droit de préemption. Cependant, cette sanction n'est expressément prévue que dans les cas énumérés à l'article 8 du statut, à savoir : lorsque le bailleur a vendu avant l'expiration des délais ; lorsqu'il a vendu à un prix ou des conditions différents de ceux demandés au preneur ; lorsqu'il a exigé des conditions tendant à empêcher ce preneur d'acquérir. En revanche, l'article 10, qui vise toutes les autres violations du droit de préemption, n'envisage qu'une action en nullité de la vente et en dommages-intérêts, mais non la substitution à l'acquéreur. Malgré cela, la majorité des auteurs estimèrent que la logique du système devait permettre dans tous les cas d'exiger cette substitution [141]. Mais la Cour de Cassation ne les a pas suivis. Elle a décidé que l'article 10 n'autorisait le bénéficiaire du droit de préemption qu'à intenter une action en nullité de la vente et en dommages-intérêts, sans lui permettre de se substituer à l'acquéreur [142]. Cette jurisprudence a été acceptée par MM. Ourliac et de Juglart ; elle a été au contraire très critiquée par M. Savatier et par M. Desbois [143].

56. M. Savatier estime que la solution de la Cour de Cassation est la conséquence de l'analyse du droit de préemption en un simple droit de créance inopposable aux tiers ; et il s'élève avec vigueur contre cette conception qui va à l'encontre des expressions de l'article 10 et de l'esprit du nouveau statut.

Mais, même en acceptant la solution de la Cour de Cassation, il n'est pas certain que l'on doive en tirer une conclusion aussi nette quant à la *nature du droit de préemption*. D'abord, la possibilité de substitution demeure dans les hypothèses de l'arti-

tion a rencontré auprès d'un autre Tribunal (Trib. civ., Brest, 5 novembre 1947 : J.C.P. 1948.II.4027 ; D. 1948.J.151, note R.S. ; obs. de M. Raynaud, Rev. trim. dr. civ., 1948, 251), elle a changé d'avis (Rennes, 27 juillet 1948 : D. 1950.J.44, note R. Savatier ; et les observations de M. Raynaud, Rev. trim. dr. civ., 1950, 241).

La Cour de Cassation s'est prononcée expressément pour l'octroi du droit de surenchère à l'adjudicataire évincé, en rejetant le pourvoi formé contre le dernier arrêt de la Cour de Rennes, Soc., 5 janvier 1951 : J.C.P. 1951. II.6047, obs. J. Lacoste.

141. R. Savatier, *op. cit.*, n° 127 et 127 *bis*. — Ourliac et de Juglart, *op. cit.*, n° 114 et 115. — H. Desbois, D. 1946.L.118. — Délobel, Marie-Cardine et Fortin, *op. cit.*, n° 341.

142. Soc., 8 avril 1948 : J.C.P. 1948.II.4507, obs. Ourliac et de Juglart ; D. 1948.J.309, note R. Savatier ; et les observations de M. Carbonnier, Rev. trim. dr. civ., 1948, p. 484. — Comp., Trib. par. arr., Thiers, 15 avril 1948 : J.C.P. 1949.II.4665, et les obs. de M. Desbois. — Com. par., Carhaix, 15 juin 1946 : J.C.P. 1947.IV., éd. J.P., 652.

143. Cf., note et observations précitées. — Comp., Carbonnier, observations précitées. — V., également, de Juglart, *L'exploitation rurale*, p. 187, n° 140.

cle 8 ; mais, en outre, même dans le cas de l'article 10, l'opposabilité aux tiers ne disparaît pas complètement, puisque le preneur a le droit de demander la nullité de l'acte [144] ; il n'y aurait vraiment droit de créance inopposable aux tiers que si le preneur devait se contenter d'une action en dommages-intérêts à l'encontre du bailleur, sans pouvoir discuter l'acquisition du tiers. C'est la solution adoptée, en principe, pour la violation d'un pacte de préférence, simple promesse de vente, qui ne donne naissance qu'à un droit de créance [145]. Au surplus, on peut douter que l'octroi du droit de substitution, en toute hypothèse, conduise nécessairement à la notion de droit réel. On sait, en effet, que le pacte de préférence permet à son bénéficiaire d'obtenir l'acquisition à son profit, autrement dit la substitution à l'acquéreur, lorsque celui-ci était de mauvaise foi ; on sanctionne ainsi sa complicité à la violation de l'obligation du vendeur [146]. Rien n'empêcherait, semble-t-il, de faire le même raisonnement pour le droit de préemption, et de prétendre que la substitution à l'acquéreur se justifie par le fait que celui-ci est toujours de mauvaise foi, car l'existence du bail suffit à le renseigner sur l'existence du droit de préemption et à le rendre responsable de l'inobservation des prescriptions légales [147].

Tout cela montre qu'il peut être difficile de prendre parti sur la nature réelle ou personnelle d'un droit en se référant uniquement à l'opposabilité de ce droit aux tiers. Et l'on peut même se demander si cette opposabilité aux tiers constitue vraiment un critérium utile de distinction entre droits réels et droits de créance.

Quoi qu'il en soit, pour l'instant, de cette question, on peut affirmer que le droit de préemption du preneur constitue un droit plus fort que celui qui naît d'un simple pacte de préférence [148]. Il peut s'exercer à l'encontre des créanciers chirographaires et même des créanciers hypothécaires ou privilégiés.

144. Ce droit appartient au preneur même s'il n'était titulaire que d'un bail verbal. Autrement dit, le droit de préemption est opposable à l'acquéreur malgré l'absence de date certaine du bail, donc malgré l'article 1743 du Code civ., Soc., 29 juillet 1950 : Gaz. Pal. 1950.2.351 ; J.C.P. 1951.II.5988, obs. P. Esmein. — V., *infra*, n° 65 et s., et *supra*, n° 52. — *Add.*, Béraud, chronique précitée, Rép. Commaille 1951.1.57.

145. Req., 26 mars 1935 : D. 1936.1.37, rapport E. Pilon. — V., Morel, *La violation d'une promesse de vente*, Etudes Capitant, 1939, p. 541. — L. Boyer, Rev. trim. dr. civ., 1949, p. 1 s., n° 30.

146. Req., 15 avril 1902 : D. 1903.1.38 ; S. 1902.1.316.

147. Comp., Carbonnier, obs. précitées, p. 485.

148. Comp., Kouatly, *Etude comparative du droit de préemption. La « Chouf'à » et son évolution en droit syrien*, thèse, Paris, 1947, p. 82 s., 103 s.

Certes, ceux-ci ne perdent pas leurs droits ; ils peuvent toujours faire saisir et vendre les immeubles loués [149], mais le preneur conserve le droit de se substituer à l'adjudicataire, ce que ne peut faire le bénéficiaire d'une simple promesse de vente. *Pratiquement, le droit de préemption constitue pour le preneur une sorte de propriété éventuelle du domaine,* l'acquisition définitive en étant subordonnée à la mise en vente.

Ainsi, on mesure combien l'atteinte portée aux prérogatives du propriétaire par l'existence d'un bail rural est grande. On s'aperçoit également de l'étendue et de l'importance des droits du preneur ; on peut dire que celui-ci possède le « jus utendi » le plus complet, et qu'il contrôle en fait le « jus abutendi » du propriétaire.

SECTION II

Les baux d'habitation [150]

57. La protection du preneur à bail de locaux d'habitation ou à usage professionnel a commencé avec la guerre de 1914-1918. Les immenses ravages qu'avait provoqués cette guerre dans certaines régions, l'afflux des réfugiés dans le reste du pays et l'arrêt complet de la construction avaient entraîné une grave crise de logement. L'équilibre du marché des locaux d'habitation se trouvait rompu au profit des propriétaires, et il était à craindre que certains n'abusent de cette situation au détriment des locataires et compromettent ainsi la stabilité économique et sociale du pays ; danger encore aggravé par le fait que de nom-

149. La combinaison du droit de préemption et du droit de suite des créanciers hypothécaires pose certaines difficultés. On estime que les créanciers hypothécaires peuvent toujours exercer leur droit, même si les hypothèques ont été constituées en cours de bail et après la mise en vigueur du statut. Le créancier hypothécaire pourra donc saisir l'immeuble, même entre les mains du preneur qui aurait déjà exercé la préemption, celui-ci ne pourra que se substituer à l'adjudicataire. Cf., R. Savatier, *Le conflit des droits d'hypothèque et de préemption des biens ruraux donnés à bail,* Rép. gén. not., 1947, art. 26494.

150. Le Code civil distingue parmi les louages de choses : le bail à loyer qui est le louage des maisons et des meubles, et le bail à ferme qui est celui des héritages ruraux (art. 1711). Mais depuis qu'a été organisée une législation spéciale aux baux des immeubles ou locaux à usage commercial et industriel, et différente de celle applicable aux baux des immeubles ou locaux d'habitation ou à usage professionnel, on a pris l'habitude de désigner les premiers par l'expression « baux commerciaux », et de réserver pour les derniers l'expression « baux à loyer ». (V., notamment, Dalloz, nouv. rép., v° Louage). Nous préférons utiliser celle de « baux d'habitation » qui n'est peut-être pas plus logique, mais qui nous paraît plus expressive (comp., Ignace et Platche, *Manuel des baux d'habitation,* 1949).

breuses personnes avaient vu leurs revenus considérablement baisser ou disparaître et se trouvaient dans une situation financière très précaire.

C'est donc pour protéger la paix sociale que le législateur dut intervenir et assurer la protection des locataires. Il taxa le montant des loyers et fit bénéficier les locataires menacés d'expulsion d'un supplément de jouissance sous forme de prorogation de bail. C'est ainsi que la loi du 9 mars 1918 accorda à tous les locataires de locaux d'habitation une prorogation de deux ans et aux « petits » locataires mobilisés une prorogation égale à la durée de leur mobilisation.

On considérait ce régime comme une mesure d'exception, destinée à pallier à une crise passagère. Le retour au droit commun était non seulement souhaité, mais envisagé comme prochain.

Malheureusement, les faits contredirent ces prévisions. A l'exode des réfugiés, succéda l'exode des ruraux. La construction, découragée peut-être par une taxation trop basse des loyers, n'eut pas l'essor que l'on espérait. La crise continua, et avec elle le régime d'exception. Plusieurs lois — il fut voté 23 textes sur les baux jusqu'en 1926 — intervinrent pour élargir et compléter le système des prorogations.

En 1926, cependant, le Sénat ne désespérait pas d'un retour prochain et progressif au droit commun, et il imposait une limite de cinq ans au système général de prorogation des baux d'habitation qu'organisait la loi du 1er avril 1926. Mais, de période en période, on dut prolonger ce régime, en l'étendant chaque fois à des locataires plus récents.

Avec la guerre de 1939, la crise du logement ne put que prendre un caractère plus grave et plus aigu. Il ne fut plus question de prorogation de bail, mais tout simplement de maintien en jouissance ou de maintien en possession. D'année en année, les occupants furent ainsi maintenus en place, non dans l'espoir d'un retour rapide au droit commun, mais dans l'attente de l'élaboration d'un véritable statut du logement. Ce fut l'objet de la loi du 1er septembre 1948, qui accorda aux locataires un maintien illimité dans les lieux. Sans doute, le législateur souhaite que le retour à un régime plus libéral soit un jour possible ; mais, sachant que ce jour est encore lointain et qu'on ne peut en prévoir l'échéance, il ne fixe aucun terme à l'application de la nouvelle loi. Il est donc devenu difficile de parler d'un régime d'exception. La loi du 1er septembre 1948 est désormais le régime de droit commun de la plupart des baux d'habitation.

Ainsi, certains locataires ont pu se maintenir en place depuis

1918 et pourront encore, eux ou leurs enfants, rester dans les lieux pendant longtemps, sans l'accord du propriétaire. Certes, le législateur a toujours réservé la possibilité de reprises par le bailleur, et la législation récente s'est efforcée d'en élargir l'application. Mais les cas de reprises demeurent bien limités et constituent l'exception. En principe, le locataire bénéficie d'un droit de jouissance illimité ; il a un pouvoir presque absolu sur cette jouissance qu'on ne peut lui enlever que dans des cas exceptionnels. Aussi peut-on se demander s'il n'a pas acquis un droit de jouir en plus de son ancien droit à jouir ?

Afin de pouvoir juger dans quelle mesure cette transformation a pu se produire, nous examinerons ici comment la prorogation, puis le maintien dans les lieux ont modifié et renforcé les droits du locataire.

§ 1

La prorogation du bail

58. Le système des prorogations de bail, inauguré par la loi du 9 mars 1918 [151], a été entièrement remanié par la loi du 1er avril avril 1926, qui a abrogé toute la législation antérieure et qui, plusieurs fois modifiée à son tour, a continué à régir jusqu'en 1939 la plupart des baux des locaux d'habitation, des locaux à usage professionnel et des locaux réservés à l'exercice d'une fonction publique.

La prorogation du bail imposée par cette loi était *automatique ;* le locataire en bénéficiait de plein droit sans avoir à remplir une formalité quelconque. La prorogation, d'autre part, était *obligatoire* pour le propriétaire qui ne pouvait s'y opposer que s'il réunissait un certain nombre de conditions relativement sévères.

Il n'est pas question de reprendre ici ni l'analyse, ni l'histoire de ce régime,[152] qui a fonctionné pendant plus de vingt ans, mais qui n'est plus aujourd'hui en vigueur. Notre but est simplement de rechercher quelle a pu être l'influence des prorogations sur

151. V., J. Lepargneur, *La prorogation des contrats à exécution successive après un cas de force majeure et particulièrement après la guerre de 1914*, thèse, Paris, 1920, p. 59 et s.

152. V., sur ce sujet, Ropers, *Traité pratique des baux à loyer et à ferme*, 2e éd., 1934. — Laborde-Lacoste, *La loi sur les loyers*, p. 1 à 9. — Hamel, notes parlementaires, Rev. trim. dr. civ., 1926, p. 498 et s. — R. Milhaud, *La loi du 1er avril 1926, prorogation et prix*, thèse, Toulouse, 1926.

la nature du droit au bail, de voir si le droit à la prorogation a pu transformer la nature du droit du preneur.

59. Ce problème a été soulevé devant les Assemblées parlementaires lors de l'élaboration de la loi du 1er avril 1926. *On a prétendu* que le droit du preneur allait être profondément modifié, *qu'on ne serait plus en présence d'un droit de créance, mais d'un droit réel d'usage.*

« Il est hors de doute, disait M. Lémery au Sénat, que l'on a réalisé et que l'on réalise encore sur le projet d'aujourd'hui, au profit du locataire, un véritable démembrement du droit de propriété. Le droit du locataire cesse d'être ce droit personnel dont parle le Code civil, droit qui trouvait son fondement et sa justification dans un contrat librement débattu entre le locataire et le bailleur. Le contrat cesse d'exister sur deux points essentiels : la durée et le prix... C'est dire que le droit personnel du Code civil fait place à un droit réel d'usage de la chose. » [153]. Et M. Brager de la Ville Moysan déclarait : « D'après les lois antérieures, la prorogation n'avait pas lieu de plein droit ; elle n'était pas obligatoire, elle avait le caractère d'une mesure d'exception... (La loi nouvelle) constitue au profit du locataire une sorte de droit réel tellement absolu que, pendant cinq ans, il primera d'une manière absolue le droit de propriété. » [154].

Cette opinion pourrait trouver un autre argument dans l'opposabilité très étendue dont bénéficiait le droit à la prorogation. Ce droit était opposable non seulement au bailleur ou propriétaire, mais encore aux tiers. C'est ainsi que le bail, ou la promesse de bail, consenti à un tiers, ne pouvait en aucun cas tenir en échec le droit à la prorogation d'un occupant de bonne foi [155]. Ce droit paraissait également opposable à l'acquéreur, malgré l'absence de date certaine du bail. C'est ce qui avait été expressément jugé pour la prorogation de la loi du 19 mars 1918 [156] ; et l'on estimait que la même solution était applicable après la loi de 1926 [157].

153. Cf., J.O., Déb. Parl., Sénat, 1926, p. 406, col. 2.
154. J.O., Déb. Parl., Sénat, 1926, p. 404, col. 3.
155. Cf., L. 1er avril 1926, art. 18 et 27, alin. 3, sol. impl. — Ropers, *op. cit.*, n° 310. — Req., 11 mai 1926 : S. 1927.1.93.
156. Com. sup. Cass., 16 février 1922, Rev. Loyers 1922.1.169. — Trib. civ., Narbonne, 24 décembre 1925 : D.H. 1926.143. — Il a même été jugé que cette prorogation était opposable à l'acquéreur malgré que le bail contienne une clause de résiliation au cas de vente. Cass. Ch. Rev., 8 avril 1921 : Gaz. Pal. 1921.1.468 ; D. 1921.1.33.
157. Cf., Ropers, *op. cit.*, n° 71. — Milhaud, *Code formulaire de la prorogation*, p. 36. — Comp., Com. sup. Cass., 15 mars 1931 : Rev. Loyers 1931.537.

60. *Mais cette transformation radicale du droit du preneur paraît peu compatible avec l'effet de la prorogation.* La Cour de Cassation a décidé plusieurs fois que la prorogation n'était que la continuation de l'ancien contrat de bail au delà de la durée prévue et qu'en conséquence elle laissait subsister toutes les obligations du bailleur [158]. Le rapporteur de la Commission de la Justice pour la loi du 1er septembre 1948 expliquait cette jurisprudence à l'Assemblée Nationale de la façon suivante : « La prorogation, si l'on me permet cette image, n'est pas autre chose que la possibilité d'effacer, de gommer, sur le contrat de bail, le terme à l'expiration duquel il devait disparaître et le prix qui devait être payé, et de substituer à ce terme et à ce prix un autre terme et un autre loyer. Le contrat de bail subsiste. La prorogation ne détruit pas le bail, mais au contraire elle allonge sa durée. Le contrat de bail est maintenu en vigueur, et c'est en application de ce contrat que l'occupant continue à utiliser les lieux. Avant la prorogation, il était locataire ; après la prorogation, il demeure locataire. » [159]. On voit mal alors comment une simple modification de la durée du droit du preneur peut entraîner un changement de sa nature. Il y a dans cette mesure une atteinte importante à la force obligatoire des conventions, une intervention du législateur dans l'exécution des contrats en cours ; mais les droits auxquels ces contrats ont donné naissance restent tels qu'ils étaient, ils sont maintenus dans leur intégralité avec leurs caractères [160].

Ainsi, *le droit à la prorogation ne paraît pas à lui seul de nature à pouvoir renverser la théorie du droit personnel du preneur. Il permet peut-être d'en souligner l'invraisemblance ou l'illogisme.* Mais il ne prouve pas que cette théorie, valable hier, ne le soit plus aujourd'hui.

158. Cass. civ., 6 décembre 1927 : D.H. 1928.81. — Cass. rép., 23 décembre 1929 : D.H. 1930.67. — Cass. soc., 12 décembre 1940 : D.A. 1941.J.53.
159. Cf., J.O., Déb. Ass. Nat., 1948, p. 565, col. 2.
160. Civ., 6 déc. 1927 (motifs), précité.

§ 2

Le maintien dans les lieux et la loi du 1er septembre 1948 [161]

A. — Caractères et nature du droit au maintien dans les lieux

61. Le maintien dans les lieux a commencé à apparaître dans la législation avec le décret-loi du 29 septembre 1939, qui a accordé à certains locataires un « maintien de plein droit en possession des lieux » (art. 10). Les lois postérieures, et notamment celle du 1er février 1944, ont conservé cette expression. La loi du 1er septembre 1948 a consacré celle de « maintien dans les lieux ».

Le rapporteur de la Commission de la Justice a expliqué à l'Assemblée Nationale pourquoi cette expression avait été préférée à celle de prorogation. « La prorogation, disait-il, consiste en une simple substitution de terme ; elle suppose l'existence du contrat de bail, dont elle allonge la durée. Or, dans 80 % des cas, la loi nouvelle doit profiter à des occupants dont le contrat est depuis longtemps expiré. Il ne peut donc plus être question de prorogation de bail, car on ne proroge que ce qui existe. » [162]. « Le maintien dans les lieux, précisait-il d'autre part, est tout autre chose ; le bail arrive à terme et n'est pas cette fois prorogé ; il s'éteint ; c'est la loi qui intervient pour autoriser la continuation de l'occupation. Le droit à l'occupation ne réside plus dans le bail, mais dans la loi. Celui qui reste dans les lieux n'est plus un locataire, c'est un occupant. » [163].

Cette précision des termes de la loi pouvait paraître utile, notamment pour le cas d'un occupant qui aurait déjà bénéficié du maintien en possession en vertu de la législation précédente, et il semble bien que le rapporteur visait dans ses explications

161. Sur la loi du 1er septembre 1948, v., Grimaud et Givord, *La loi sur les loyers*, 2e éd., 1949. — Patel, Lejeune et Henri-Meunier, *La loi du 1er septembre 1948 après une année d'application*. — P. Esmein, *La loi du 1er septembre 1948 sur les loyers :* Gaz. Pal., 1948, 2, Doc., 37 et 65. — Aubry et Rau, Sup. perm., par P. Esmein, t. V, par. 370 *ter*. — Patel, Commentaire, D. 1949.L.93. — G. Ripert, *La propriété des maisons d'habitation et la loi du 1er septembre 1948*, D., 1948, chron., p. 193. — G. Fau et A. Debaurain, *Guide des loyers*, 1949, éd. Raynaud, Forcalier (B.-A.). — L. Sipière et Ducaud-Saumande, *Nouveau Code des loyers et de la propriété immobilière*. — Ignace et Platche, *Manuel des baux d'habitation et à usage professionnel*, Dalloz, 1949. — Monteux et Joire, *Le Guide Médicis des loyers*, 1949.

162. Cf., J.O., Déb. parl., Ass. Nat., 1948, p. 565, col. 3 *in fine*. — Comp., Grimaud et Givord, *La loi sur les loyers*, 2e éd., 1949, n° 80.

163. Cf., J.O., *loc. cit.*

ce cas, d'ailleurs fréquent. Mais, lorsqu'on se trouvera en présence d'un bail arrivant à terme, on ne voit pas pratiquement l'utilité de dire que le locataire est maintenu dans les lieux « aux clauses et conditions du contrat primitif non contraires aux dispositions de la loi », comme le fait le texte de 1948 (art. 4), plutôt que de déclarer que le bail sera continué avec toutes ses clauses qui ne seront pas contraires à la nouvelle loi.

On a cependant fait une *distinction très nette entre le droit au bail et le droit au maintien dans les lieux.* Non seulement, le droit au maintien dans les lieux n'est pas la survie, l'allongement de durée, du droit au bail, mais encore il suppose que ce droit au bail soit expiré. Sans doute, ce droit ne perd pas tout lien avec la notion de bail ; il nécessite l'existence à l'origine de l'occupation d'un titre régulier de location (art. 4, al. 2) ; et il ne peut être invoqué par les occupants sans titre, ou par ceux qui occupent les lieux en vertu d'un titre autre qu'un titre de location [164]. Mais il devient, avec cette analyse, un droit indépendant, trouvant sa source dans un droit au bail antérieur, mais distinct de celui-ci.

62. Cette distinction conduit à des *conséquences pratiques* importantes, notamment en ce qui concerne la transmission du droit.

La loi du 1er septembre 1948 a donné au droit au maintien dans les lieux un caractère essentiellement personnel, en ce sens qu'il est propre à son bénéficiaire. Mais il revêt aussi un caractère familial [165]. En effet, au cas d'abandon de famille ou de décès de l'occupant, ce droit appartient aux membres de sa famille ou aux personnes à sa charge qui vivaient habituellement avec lui

164. Cf., Grimaud et Givord, *op. cit.*, n° 19, 20, 86, 87, et les références citées. — E. Schaffhauser, *La nécessité d'un titre locatif pour bénéficier du maintien dans les lieux prévu par la loi sur les loyers*, Lois nouv., 1950, p. 505.

Sur la notion d'occupant sans titre, voir également Soc., 7 mai 1948 : J.C.P. 1948.II.4410, obs., J.G.L. ; D. 1948.J.409. — Paris, 20 novembre 1946 : J.C.P. 1947.II.3388, obs., J.G.L. — 11 juillet 1947 : J.C.P. 1047.II.3905. — Soc., 19 mai 1950 : Gaz. Pal. 1950.2.10.

Et sur la validité des conventions d'occupation, voir, Trib. civ., Amiens, 17 juillet 1947 : D. 1948.J. 144, note Jean-Charles Laurent. — Trib. civ., Seine, 7 novembre 1949 : D. 1950.J.30, note R.D., et les observations de M. Carbonnier, Rev. trim. dr. civ., 1950, p. 197. — Soc., 3 novembre 1949 : D. 1949.J.601. — Caen, 27 janvier 1950 : D. 1950.S.43. — Orléans, 15 février 1950 : D. 1950. S.50. — Paris, 6 mars 1950 : D. 1950.J.338. — *Add.*, note Meurisse, sous Com., 20 décembre 1949 : S. 1950.1.61. — J. Archevêque, *Baux précaires et conventions d'occupation*, Gaz. Pal., 1950, 1, Doc., 48. — Patel et Henri-Meunier, *Les conventions d'occupation précaire*, Rev. Loyers 1950.703.

165. Cf., G. Ripert, *La propriété des maisons d'habitation et la loi du 1er septembre 1948*, D., 1948, chron., p. 194, col. 2.

depuis plus de six mois (art. 5) [166]. Ainsi la transmission du droit au maintien dans les lieux, interdits entre vifs — exception faite des cas autorisés de sous-location et d'échange — [167], n'est pas soumise, à cause de mort, aux règles ordinaires de la dévolution successorale. Mais le droit commun des successions reprend son empire si le locataire meurt en cours de bail ; le droit au bail se transmet alors, conformément à l'article 1742 du Code civil, aux héritiers du locataire, qui ne seront pas nécessairement les membres de sa famille ou les personnes à sa charge, définies par l'article 5 de la loi de 1948. Telles sont les solutions appliquées notamment par le Tribunal civil de la Seine et la Cour de Paris qui conduisent à distinguer nettement le droit du locataire en cours de bail : droit au bail ; et le droit de l'occupant à l'expiration du bail : droit au maintien dans les lieux ; le premier se transmettant aux héritiers ou légataires, le deuxième aux personnes vivant avec l'occupant [168].

Cette distinction aurait également une importance en ce qui concerne les délais du congé pour reprise qui ne seraient pas les mêmes suivant qu'il y aurait bail ou maintien dans les lieux ; dans le premier cas, il faudrait observer l'usage des lieux, dans le second, des délais prévus par les articles 18 et suivants de la loi du 1er septembre 1948 [169].

De même, le régime des sous-locations serait différent. Aux termes de l'article 78 de la loi de 1948, le locataire en cours de bail peut sous-louer ou céder son bail s'il y est autorisé par une clause expresse du contrat ou s'il obtient l'accord du propriétaire (al. 1) ; en outre, le locataire principal peut toujours, et nonobstant toute clause contraire, sous-louer ou céder une pièce lorsque le local en comporte plusieurs (al. 2). Au contraire, l'occupant maintenu dans les lieux ne bénéficierait que de la

166. V., Grimaud et Givord, *op. cit.*, n° 90.

167. Cf., Grimaud et Givord, *op. cit.*, n° 257, 269 et s. — *Infra*, n° 75.

168. Trib. civ., Seine, 6 décembre 1948 et 2 février 1949 : D. 1949.J.125, note R.D. ; J.C.P. 1949.IV, éd. N.75, et J.C.P. 1949.II.4796, obs. J.G.L. — 26 avril 1949 : Rev. Loyers 1949.298. — 30 janvier 1950 : D. 1950.J.256. — 5 avril 1950 : D. 1950.J.254, note R.D. — 8 novembre 1950 : D. 1951.J.48, note R.D. — Paris, 12 décembre 1949 : D. 1950.J.65, note R.D. ; J.C.P. 1950. II.5347, obs. J.G.L. — 26 juin 1950 : Gaz. Pal. 1950.2.419. — Comp., Soc., 14 février 1948 : D. 1948.J.229. — *Add.*, Soc., 24 juin 1949 : J.C.P. 1949.II.5107. — Trib. civ., Seine, 9 novembre 1950 : D. 1950.J.731, note R.D. — Orléans, 26 juillet 1950 : J.C.P. 1951.II.6035. — Montpellier, 2 mai 1951 : D. 1951.J.557. — V., P. Esmein, *Bail verbal ou maintien dans les lieux*, J.C.P. 1949.I.764 ; Supp. perm. à Aubry et Rau, § 370 *ter*, n° 15, note 28.

169 Cf., art. 18, § 3, al. 7. — Trib. civ., Lyon, 18 octobre 1950 : Gaz. Pal. 1950.2.397. — Givord, obs. au J.C.P. 1949.II.5116. — Grimaud et Givord, *op. cit.*, n° 77 et 132, et sur les inconvénients pratiques de cette solution qu'ils considèrent comme une « inadvertance du législateur », n° 156.

faculté prévue par l'alinéa 3 de l'article 78, c'est-à-dire du droit de sous-louer une pièce dans les conditions particulières prévues par l'article 10 § 7 de la loi [170].

63. M. Esmein a critiqué cette distinction radicale entre le droit au bail et le droit au maintien dans les lieux. Il estime qu'elle est absolument contraire au bon sens et ne saurait être acceptée en matière de bail verbal, c'est-à-dire de bail à durée indéterminée. « Le public, dit-il, comprend que la situation du preneur soit différente suivant qu'il a obtenu du bailleur un engagement pour un temps déterminé ou qu'aucune durée n'a été fixée. Mais il ne comprend pas que, quand le bailleur n'a jamais été ou n'est plus engagé pour une durée déterminée, la situation du preneur soit différente suivant que le bailleur lui a donné ou non congé, lorsque la loi permet au preneur de ne pas déférer à ce congé parce qu'il a droit au maintien dans les lieux. Pour le public, la situation d'un occupant est la même, soit qu'il ait un bail verbal dont il n'a pas reçu congé, soit qu'il ait reçu un congé auquel il n'est pas obligé de déférer, auquel cas, il bénéficie du maintien dans les lieux. » Et M. Esmein « pense que dans l'état actuel du droit, bail verbal et maintien dans les lieux doivent être considérés comme des situations identiques » [171].

64. Il faut reconnaître que les critiques de M. Esmein sont logiques. Il est certain, en effet, que la distinction entre bail verbal et maintien dans les lieux conduit à des conséquences étranges, qui vont même parfois à l'encontre de l'esprit de la loi nouvelle. Il est paradoxal, par exemple, qu'une concubine soit

170. Cf., Grimaud et Givord, *op. cit.*, n° 254 et s. — *Contra*, Trib. civ. de Fontainebleau, 20 juillet 1949 : J.C.P. 1949.II.5116, obs. F. Givord, qui autorise l'occupant à sous-louer lorsque son bail le permettait, et motive sa solution en s'appuyant sur l'art. 4 de la loi qui décide que le maintien dans les lieux est accordé aux clauses et conditions du bail primitif. M. Givord critique le jugement en répondant que la clause invoquée serait, en ce qui concerne l'occupant, contraire aux dispositions de la nouvelle loi qui interdit la cession du droit au maintien dans les lieux (art. 7). — Voir une autre conséquence de la distinction entre droit au bail et droit au maintien dans les lieux en ce qui concerne l'application de l'art. 45 de la loi de 1948, dans Trib. civ., Seine, 2 février 1949 précité, et la critique de la solution par M. Esmein, art. précité, n° 9 et 10. — Et pour les difficultés que peut soulever cette distinction en matière de compétence, voir les observations de M. Hébraud, Rev. trim. de droit civil, 1949, p. 453.

171. Cf., Paul Esmein, *Bail verbal ou maintien dans les lieux*, J.C.P. 1949. I.764, n° 2 et 6. — Comp., R. Savatier, *Le droit au bail et ses prorogations ou équivalents dans la communauté conjugale*, Rép. gén. not., 1950, art. 26, n° 15, note 28 ; *Le droit au bail et le droit au maintien dans les lieux d'un local d'habitation, en cas de dissolution de mariage et de décès*, Gaz. Pal. 1951.1., Doc., 26.

expulsée au décès de son concubin parce que celui-ci, titulaire d'un bail verbal, n'avait reçu aucun congé, alors qu'elle aurait été maintenue dans les lieux, si le bailleur avait eu la fantaisie d'envoyer un congé sans conséquences pratiques pour lui [172]. Les dispositions de l'article 5, qui organisent la transmission du maintien dans les lieux aux personnes qui vivaient avec l'occupant, sont inspirées par l'idée d'assurer une meilleure répartition des logements ; et c'est là un résultat qui mérite d'être obtenu quel que soit le titre dont bénéficiait le détenteur du local : locataire ou occupant. En permettant, au cas de bail en cours, la transmission du bail aux héritiers du locataire, on risque d'attribuer le droit au bail à des personnes qui n'en ont nul besoin, et de favoriser ainsi les spéculations sur logements, que la loi nouvelle s'est efforcée d'empêcher.

Mais, à la réflexion, il paraît bien que ces critiques s'adressent plutôt au législateur qu'à l'interprétation jurisprudentielle et doctrinale qui s'est formée. Le législateur n'a peut-être pas songé à toutes les conséquences pratiques qui découleraient de la distinction entre le droit au bail et le droit au maintien dans les lieux, mais il n'en a pas moins clairement accepté cette distinction. Les explications fournies à l'Assemblée Nationale par le rapporteur de la loi ont été particulièrement appréciées par les membres présents, et elles établissent nettement la volonté de distinguer la situation qui était faite à l'occupant, de celle du locataire [173]. Et spécialement en ce qui concerne la transmission du droit, l'analyse des textes semble bien consacrer la distinction qui a été proposée : l'article 5 de la loi de 1948 ne parle, en effet, que de « l'occupant », alors que le texte primitif proposé à la Commission visait à la fois « le locataire » et « l'occupant » ; et pour définir cet « occupant », il est normal de se référer à l'article précédent qui qualifie ainsi les « locataires à l'expiration de leur contrat ». Enfin, il faut ajouter l'article 13 de l'ordonnance du 11 octobre 1945, maintenu en vigueur sans limitation de temps, qui permet au bailleur de demander la résiliation du bail, lorsque les héritiers du preneur décédé n'ont pas effecti-

172. Cf., Paris, 12 décembre 1949 précité. — Trib. civ., Lille, 13 juin 1950 : D. 1950.S.71. — La même situation pourrait se présenter pour des époux. Et l'on peut se demander si les Tribunaux seraient assez logiques pour oser ordonner l'expulsion d'une veuve que l'on supposera n'avoir pas de droit sur la succession de son mari qui, seul titulaire du bail, serait décédé en cours de bail en ne laissant que des héritiers éloignés et n'habitant pas avec lui. L'hypothèse peut à certains égards paraître exceptionnelle, elle est parfaitement réalisable, et elle montre combien cette distinction va à l'encontre du but poursuivi par le législateur.

173. Cf., *supra*, n° 61.

vement occupé le local dans les trois mois du décès ; il en résulte bien, *à contrario*, qu'ils bénéficient du bail s'ils occupent les lieux dans ce délai de trois mois.

Ainsi, la distinction du droit au bail et du droit au maintien dans les lieux, si elle aboutit parfois à des conséquences critiquables, trouve cependant un fondement légal. Nous pensons en outre qu'elle permet d'expliquer le raisonnement qu'a suivi la Cour de Cassation pour trancher la difficulté qu'avait soulevée l'opposabilité du droit au maintien dans les lieux au tiers acquéreur.

65. De nombreux acquéreurs d'immeubles ont en effet invoqué l'article 1743 du Code civil pour obtenir l'expulsion d'un locataire dont le bail n'avait pas date certaine, en soutenant que le maintien dans les lieux leur était inopposable au même titre que le bail. Plusieurs tribunaux acceptèrent cette argumentation et décidèrent que, l'article 1743 n'étant pas formellement écarté par la législation nouvelle, il continuait à être applicable [174]. Les conséquences pratiques de cette solution étaient importantes, car nombreux étaient les locataires ou occupants qui se trouvaient dans les lieux en vertu d'un bail verbal ; ils étaient ainsi à la merci d'une expulsion sans condition, dont le législateur avait voulu les préserver. Devant ces conséquences contraires à l'esprit de la loi, certains tribunaux se sont efforcés d'établir que l'article 1743 est inapplicable au cas de maintien dans les lieux. C'est ce que fait notamment le Tribunal civil d'Aix dans un jugement du 7 juin 1949, longuement motivé, qui n'hésite pas à invoquer la philosophie de la législation moderne des baux, ainsi que le démembrement du droit de propriété et le caractère réel du droit du locataire qui en résulte [175].

174. Trib. civ. de Rochefort, 9 février 1948 : Rev. Loyers 1948.252. — Trib. civ., Thonon-les-Bains, réf. 16 novembre 1948 et 19 novembre 1948 ; Trib. civ., Charleville, 4 février 1949 (2 ord.), J.C.P. 1949.II.4847, obs. G. Hubrecht. — Trib. civ., Brioude (réf.), 2 décembre 1948 : D. 1949.J.38. — Trib. civ., Albi (réf.), 27 août 1949 : D. 1950.S.11. — Trib. civ. d'Hazebrouck, 30 juillet 1949 : D. 1950.S.15. — Paris, 17 avril 1948 : D. 1948.J.351 ; J.C.P. 1948. II.4421, obs. G. Hubrecht ; et les observations de M. Carbonnier, Rev. trim. dr. civ., 1948, 483. — Comp., en matière de baux commerciaux, Poitiers, 22 décembre 1948 ; J.C.P. 1949.II.4785. — Nancy, 4 janvier 1949 : J.C.P. 1949. II.4847. — Trib. civ., Bayonne, 22 novembre 1949 : J.C.P. 1950.II.5385, obs. G. Hubrecht. — Voir, G. Lejeune, *De la situation du locataire verbal au regard de l'acquéreur de l'immeuble*, Rev. Lovers 1949.4.90.

175. Trib. civ., Aix, 7 juin 1949 : J.C.P. 1949.II.5020, obs. J.G.L. — Comp., R. Béraud, *Bail écrit et bail verbal*, J.C.P. 1950.I.821, n° 33 et s., et Note au J.C.P. 1950.II.5546. — Voir, dans le même sens, Trib. Paix de Marseille, 6e canton, 5 août 1948 : D. 1948.S.40, Gaz. Pal. 1948.2.213 ; J.C.P. 1948.IV, éd. J.P. 1053. — Trib. civ., Clermont-Ferrand, 9 décembre 1948, cité par M. Hubrecht au J.C.P. 1949.II.4847. — *Add.*, Trib. civ., Meaux, 4 juin 1947 : J.C.P. 1947.II.3904, obs. Mourgeon.

La Cour de Cassation a formellement consacré cette solution en se gardant bien de l'appuyer sur des motifs aussi larges. Elle se borne à déclarer que l'article 1743 est « étranger au débat » [176]. On a moins reproché à cette formule son laconisme que son « ambiguïté ». « On n'aperçoit pas bien, en effet, comment le maintien dans les lieux pourra être opposable à l'acquéreur selon la législation spéciale, tandis que le bail continuera à ne pas lui être opposable conformément à l'article 1743. » Et décider que « le locataire sans date certaine pourrait se maintenir dans les lieux, mais ne pourrait pas réclamer au bailleur l'exécution de ses obligations », serait certainement un système inviable [177]. Mais la distinction et la combinaison du droit au bail et du droit au maintien dans les lieux permettent de suivre le raisonnement de la Cour de Cassation. En vertu de l'article 1743 toujours en vigueur, le droit au bail sera inopposable à l'acquéreur de l'immeuble si le bail n'a pas date certaine antérieure à la vente. Soit. Mais cela n'empêche pas le locataire d'être un occupant, dont l'occupation repose sur un titre régulier de location ; l'inopposabilité du bail laisse subsister la régularité du titre originaire, condition exigée par l'article 4 de la loi de 1948 pour l'obtention du droit au maintien dans les lieux. C'est ce que dit la Cour de Cassation : « attendu que l'existence d'un bail originaire, même simplement verbal, suffit à conférer au preneur à l'égard de l'acquéreur de l'immeuble la qualité de locataire occupant de bonne foi... » [178]. Ainsi, le locataire, titulaire d'un bail sans date certaine, ne pourra pas invoquer à l'égard de l'acquéreur la qualité de locataire, mais il pourra prétendre à celle d'occupant titulaire du droit au maintien dans les lieux. Et c'est ce droit que la Cour de Cassation déclare opposable à l'acquéreur, malgré l'article 1743. Elle estime que cet article est « étranger au débat », parce qu'il ne concerne que le locataire titulaire d'un droit au bail, et qu'il ne peut être étendu à la situation de l'occupant bénéficiaire d'un maintien dans les lieux. Le législateur n'avait pas à écarter l'application de l'article 1743, puisque, du fait même de la distinction entre droit au bail et droit au maintien dans les lieux, cet article était inoppo-

176. Soc., 11 juin 1949 : J.C.P. 1949.II.5099 ; S. 1950.L.60 ; Rev. trim. dr. civ. 1949.539, avec les obs. de M. Carbonnier ; Gaz. Pal. 1949.2.328.

177. Cf., Carbonnier, *loc. cit.*

178. La solution de la Cour de Cassation est intervenue dans une difficulté relative à l'application de la loi du 1er février 1944 ; mais les données du problème étaient identiques à celles qui auraient résulté de l'application de la loi du 1er septembre 1948 ; et le raisonnement de la Cour conserve toute sa valeur avec cette loi.

sable à une situation qu'il ne prévoyait pas. D'ailleurs, le droit au maintien dans les lieux a été accordé à tout occupant réunissant les conditions exigées par l'article 4, c'est-à-dire qui est entré dans les lieux en vertu d'un titre régulier de location et qui exécute ses obligations ; et la loi n'apporte aucune restriction à ce droit selon la qualité de la personne contre qui on l'invoque, selon que le propriétaire de l'immeuble est ou non l'ancien bailleur ou son héritier.

Tel est, croyons-nous, le raisonnement suivi par la Cour de Cassation pour déclarer l'article 1743 « étranger aux débats ». Raisonnement qui peut se résumer en deux propositions : 1° le droit légal de maintien dans les lieux est distinct du droit contractuel de bail et n'est donc pas soumis aux conditions d'opposabilité de l'article 1743 ; 2° le droit au maintien dans les lieux est accordé à tout occupant pouvant justifier d'un titre locatif régulier, mais il n'est pas nécessaire que ce titre satisfasse aux conditions de l'article 1743.

66. Dans une note récente, M. Esmein a critiqué la solution de la Cour de Cassation ; et il a proposé une autre argumentation juridique qui aboutirait à un résultat pratique analogue [179].

Pour M. Esmein, la distinction entre le droit légal de maintien dans les lieux et le droit contractuel de bail est impuissante à résoudre le problème, car le droit légal de maintien dans les lieux — et il en est de même pour tous les autres droits légaux résultant des lois nouvelles : droit de renouvellement, droit de préemption du preneur rural, et, aussi, droit de renouvellement et droit de prorogation du locataire commerçant — « est accroché à un droit contractuel ». « L'occupant ne jouit du droit légal que si son occupation a une origine contractuelle régulière. » « Alors, conclut M. Esmein, à propos de ce droit contractuel originaire, se pose nécessairement la question de savoir s'il est opposable aux tiers. » [180]. Et, au sujet de l'arrêt du 11 juin 1949, il écrit dans le même sens : « La Cour entend dire, semble-t-il, que le droit au maintien dans les lieux est conféré par la loi, et non par le contrat. Mais ce droit suppose une occupation ayant pour origine un bail, une cession de bail, ou un échange régulier (L. 1er sept. 1948, art. 4. — Cass. soc., 19 mai 1950 : D. 1950.453 ; Gaz. Pal. 1950.2.10). Dès lors, la question de date certaine se pose à propos du bail originaire. Comment peut-on dire que l'article 1743 soit étranger au débat ? » [181].

179. V., P. Esmein, obs. au J.C.P. 1951.II.5988, sous Soc., 29 juillet 1950.
180. *Loc. cit.*, col. 2, § II.
181. *Loc. cit.*, col. 1, § I.

Pour M. Esmein, le moyen d'éviter l'expulsion du locataire n'ayant pas de bail à date certaine — expulsion qui, reconnaît-il, « serait absolument contraire à l'esprit des lois » nouvelles — consiste à permettre de suppléer à l'acquisition de la date certaine, selon l'article 1328, par la preuve, par tous les moyens, que le tiers a eu connaissance de l'acte.

L'opinion dominante, tant en doctrine qu'en jurisprudence, considère, en effet, que les faits énumérés à l'article 1328 sont les seuls à pouvoir conférer la date certaine à un acte, et que la simple connaissance de l'acte par le tiers est insuffisante à remplacer les formalités de l'article 1328 [182]. Cependant, ainsi que l'indique M. Esmein, « il est des auteurs qui s'élèvent contre une doctrine qui permet à un tiers de méconnaître un acte, alors qu'il est absolument certain qu'il en a eu connaissance, et peut donc être qualifié comme étant de mauvaise foi » [183]. Et M. Esmein cite des arrêts qui se sont contentés de cette connaissance certaine du tiers acquéreur, de sa mauvaise foi évidente, pour écarter l'application de l'article 1743 [184].

Il faut remarquer que certaines décisions récentes se sont engagées dans une voie analogue et ont essayé de faciliter l'acquisition ou la preuve de la date certaine en acceptant des équivalents aux conditions posées par l'article 1328 [185]. Enfin, on peut ajouter qu'en matière de bail, l'acquéreur peut valablement s'engager à continuer le bail qui n'aurait pas date certaine, et la Cour de Cassation paraît admettre que cet engagement peut être implicite et résulter d'une simple attitude [186] ; on n'est pas très loin alors de reconnaître, pratiquement, que la simple connaissance du bail par l'acquéreur peut suffire à le lui rendre opposable.

C'est l'adoption de cette dernière solution que préconise M. Esmein. Et il estime, en outre, qu'en pratique, l'acquéreur a

182. Cf., Aubry et Rau, t. XII, 5e éd., par E. Bartin, § 756, note 133. — Baudry-Lacantinerie et Wahl, t. I, n° 1282. — Planiol, Ripert et Perreau, n° 649. — Beudant, Lerebours-Pigeonnière et Brèthe de la Gressaye, n° 536. — E. Becqué, obs. au J.C.P., 1948.II.4352.

183. P. Esmein, *loc. cit.*, col. 3, § 111. — Cf., Planiol, Ripert et Gabolde, t. VII, n° 1483. — Desbois, note sous Trib. par., Bourges, 16 novembre 1945: J.C.P. 1947.II.3847.

184. Civ., 19 mai 1857 : S. 1857.1.513. — Req., 30 mars 1925 : D.H. 1925.206; S. 1927.1.123.

185. V., Bordeaux, 2 juillet 1947 : J.C.P. 1947.II.3973, obs. E. Becqué ; S. 1948.2.90 ; Rev. trim. dr. civ. 1947.437, obs. Carbonnier. — Trib. civ., Clermont-Ferrand, 11 février 1948 : J.C.P. 1948.II.4352, obs. E. Becqué. — Trib. civ., Toulouse, 3 mai 1948 : Gaz. Pal. 1948.2.82, et les observations de M. Carbonnier et de M. Solus, Rev. trim. dr. civ., 1948, 482 et 488. — Trib. civ., Toulouse, 18 février 1949 ; Gaz. Pal. 1949.1.187.

186. Cass. com., 20 janvier 1948 : S. 1949.1.169, note P. Marin.

presque toujours connaissance du bail quand le preneur occupe les lieux. « Le cas contraire, dit-il, est tellement rare qu'il s'impose de présumer en fait qu'il en a eu connaissance. » En sorte qu'il suffira pour bénéficier du maintien dans les lieux d'invoquer un bail verbal accompagné d'une occupation effective des lieux [187].

Ainsi, M. Esmein aboutit pratiquement à un résultat identique à celui qui découle de la solution de la Cour de Cassation. Car, si ladite Cour considère que « l'existence d'un bail originaire, même simplement verbal, suffit à conférer au preneur à l'égard de l'acquéreur de l'immeuble la qualité de locataire occupant de bonne foi » [188], elle décide en outre que le bénéfice du maintien dans les lieux ne peut être accordé qu'à celui qui occupe les lieux, et elle exige que cette occupation soit « réelle, suffisante, utile et non équivoque » [189].

67. En somme, les deux systèmes ne diffèrent que par leur argumentation juridique, mais cette différence est importante. L'origine de leur divergence se trouve dans la détermination des qualités que doit revêtir le titre locatif exigé par l'article 4 de la loi du 1er septembre 1948 pour donner droit au maintien dans les lieux.

Pour M. Esmein, le titre régulier ne peut être qu'un titre qui soit opposable à la personne contre qui on l'invoque, et, en particulier, qui satisfasse à l'égard des tiers acquéreurs aux conditions de l'article 1743. La Cour de Cassation se contente d'affirmer la solution contraire ; elle n'indique pas les raisons qui l'ont conduite à décider ainsi ; sans doute, en trouverait-on l'analyse dans le rapport du conseiller rapporteur, mais en l'absence de ce document, il faut cependant reconnaître que la solution n'est pas indéfendable.

En effet, le contrat de bail n'est pas considéré ici comme source de droits et d'obligations qu'il s'agirait de transmettre à un tiers acquéreur. Il est pris en tant que fait, en tant que situation juridique, dont l'existence une fois établie s'impose en principe à tous. En somme, il y a lieu d'appliquer ici la distinction aujourd'hui bien connue entre l'effet du contrat et son opposabilité [190].

187. Cf., Esmein, *loc. cit.*, col. 3, *in fine*. — Comp., P. Esmein, dans Aubry et Rau, t. V, 6e éd., § 369, p. 280, note 35.

188. Soc., 11 juin 1949, précité (motifs).

189. Soc., 2 août 1945 : Rev. Loyers 1946.223. — 2 janvier 1947 : Rev. Lovers 1947.135 ; J.C.P. 1947.IV.119. — V., Grimaud et Givord, *op. cit.*, n° 88.

190. V., sur cette question, la thèse de M. Weill, *La relativité des contrats*

M. Esmein rappelle lui-même dans sa note que l'article 1743 est une exception à l'article 1165. S'il s'agissait donc ici d'appliquer le contrat de bail, de déterminer ses effets aux regards du tiers acquéreur, en déclarant l'article 1743 inapplicable, on retomberait sous le coup de l'article 1165, et ce contrat serait en toute hypothèse une « res inter alios acta » pour le tiers acquéreur. Mais, en réalité, il n'est question que de l'opposabilité du contrat en tant que fait social ; l'occupant ou le locataire qui veulent bénéficier du maintien dans les lieux invoquent leur contrat de bail exactement comme le propriétaire invoque son acte de vente pour prouver son droit de propriété ; il n'entend pas faire exécuter ce contrat par le tiers acquéreur, il l'invoque seulement comme un fait, comme une condition de son droit au maintien dans les lieux. Cette opposabilité du contrat n'a rien à voir avec l'effet de la convention que règle l'article 1743. Dans ces conditions, on comprend que la Cour de Cassation ait pu déclarer que cet article 1743 était étranger au débat.

68. Mais, ainsi ramené sur son véritable terrain, celui de l'opposabilité pure et simple, le problème laisse subsister une difficulté. Car, il est bien évident que le droit au maintien dans les lieux ne peut appartenir qu'à l'occupant qui justifie d'un bail antérieur à l'acquisition de l'immeuble par le nouveau propriétaire. C'est alors, que pour établir l'antériorité de son titre locatif, l'occupant devra satisfaire à l'article 1328 qui détermine les conditions auxquelles un acte fait foi de sa date, à l'égard des tiers. M. Esmein a donc parfaitement raison de placer le problème sur le terrain de l'article 1328. Mais cet article est envisagé ici, en lui-même, et non pas en tant que texte de renvoi de l'article 1743 ; en effet, l'article 1743, en déterminant à quelle condition le contrat de bail se transmet et s'impose à l'acquéreur, renvoie à l'article 1328 dans la mesure où il exige, du contrat de bail, une date certaine ; mais, ici l'article 1328 s'applique directement, car il s'agit uniquement de déterminer les conditions de preuve de la date du titre locatif.

Il convient, en outre, de remarquer que l'article 1328 ne concerne que l'acte envisagé en tant qu'instrument de preuve et non la convention proprement dite. Il est donc inapplicable lorsque la convention n'est pas constatée par écrit, lorsqu'elle est pure-

en droit privé français, Strasbourg, 1938, — et celle de Mlle Calastreng, *La relativité des conventions*, Toulouse, 1939. — R. Savatier, *Le prétendu principe de l'effet relatif des contrats*, Rev. trim. dr. civ., 1934, p. 525 et s.

ment verbale [191], ce qui est très souvent le cas, en matière de baux d'habitation.

On pourrait alors dire que l'article 1328 deviendra à son tour étranger au débat chaque fois que le preneur invoquera une location verbale qui ne sera pas contestée par l'ancien bailleur, et l'on pourrait même ajouter : chaque fois que la location sera reconnue par l'ancien bailleur, puisqu'alors le locataire n'aura pas à invoquer un écrit, même s'il en possède un, pour prouver l'existence de la location.

Cette thèse aboutirait cependant, en pratique, à des résultats dangereux ; elle faciliterait, en effet, les ententes frauduleuses entre le prétendu locataire et l'ancien propriétaire pour faire supporter au nouveau propriétaire les conséquences de locations inexistantes. Le tiers acquéreur se trouverait ainsi à la merci non seulement de locations qu'il n'a pas connues et qu'il n'a pu connaître, mais encore de prétendues locations qui n'existaient pas.

En vérité, dans l'hypothèse qui nous intéresse, ce danger est écarté par le fait que la loi n'accorde le droit au maintien dans les lieux qu'à l'occupant. La nécessité de cette occupation met l'acquéreur à l'abri des principaux dangers de fraude dont il pouvait être victime et, en même temps, elle lui procure la possibilité d'avoir connaissance de cette location avant son acquisition.

Mais, d'une manière générale, et du point de vue juridique, il est possible, et peut-être nécessaire, de corriger la thèse que nous venons d'exposer, thèse qui, appliquée telle que, aboutirait à restreindre considérablement le domaine d'application de l'article 1328 et par contre-coup la protection des tiers qui sont obligés, non pas d'exécuter les contrats conclus entre d'autres personnes, mais d'en respecter et d'en subir l'existence.

On peut envisager cette correction de deux façons.

69. En premier lieu, on pourrait dire que si un contrat doit être respecté par des tiers lorsque son existence est établie, encore faudrait-il que cette existence soit établie selon les modes de preuve exigés par la loi entre parties, et notamment par un écrit lorsque la loi exige un écrit comme mode de preuve de la

191. Cf., Aubry et Rau, t. V, 6e éd., par P. Esmein, § 369, p. 278 et 281 ; t. XII, 5e éd., par Bartin, § 756, p. 221, 222. — Planiol, Ripert et Gabolde, t. VII, n° 1484. — Ripert et Boulanger, t. II, n° 439. — E. Becqué, obs. au J.C.P. 1948.II.4352. — Civ., 28 janvier 1925 : D.H. 1925.181 ; Gaz. Pal. 1925. 1.508. — Paris, 10 février 1922 : Gaz. Trib. 1922.2.225.

convention. Il ne faudrait pas cependant accorder une valeur absolue à la preuve par reconnaissance ou aveu des parties ; s'agissant de prouver contre un tiers, l'aveu — de même que le serment — ne devrait avoir de valeur que lorsqu'il émanerait de ce tiers. Ainsi, le tiers pourrait le plus souvent exiger un écrit et il bénéficierait alors de la protection de l'article 1328.

Mais cette solution n'est-elle pas de nature à renverser le résultat pratique auquel aboutit la Cour de Cassation dans la question qui nous occupe ? Ne va-t-on pas sacrifier ainsi dans tous les cas le locataire verbal qui, par hypothèse, ne pourra apporter d'écrit pour établir son bail, et dont il suffira de contester non plus la date de sa location, mais l'existence même de son bail ? Cela pose la question de la preuve du contrat de bail. Comment doit se prouver le contrat de bail ?

Cette question est toujours réglée par les articles 1715 et 1716 du Code civil, les lois nouvelles les ont laissés en vigueur et n'y ont pas apporté de changement [192]. L'article 1715 interdit la preuve par témoins — et donc par présomption [193] — lorsque le bail fait sans écrit n'a reçu aucun commencement d'exécution. Jusqu'à ces derniers temps, la jurisprudence a interprété très sévèrement ce texte ; d'une part, elle a décidé que le commencement de preuve par écrit n'était pas suffisant pour permettre la preuve par témoins ou par présomptions [194] ; d'autre part, et surtout, elle a estimé que le commencement d'exécution ne pouvait être pris en considération que s'il était lui-même prouvé par écrit [195]. Mais on a pu se demander si la Cour de Cassation ne s'était pas engagée dans une voie plus libérale.

Dans un arrêt du 6 février 1948, la section sociale de chambre civile de la Cour de Cassation a d'abord admis que la preuve par témoins d'un contrat de bail à métayage pouvait être autorisée en cas de commencement de preuve par écrit [196] ; puis, le 12 février 1948, la même section a estimé que les juges du fonds avaient pu valablement trouver dans les faits de la cause la

192. L'art. 20, al. 1 du statut des baux ruraux exige bien que tout contrat de bail à ferme ou à métayage soi rédigé par écrit et enregistré. Mais ce même article admet également la valeur du bail verbal puisqu'il résulte de son deuxième alinéa qu'à défaut d'écrit enregistré dans les trois mois, les baux conclus verbalement sont censés faits pour 9 ans aux clauses et conditions du contrat-type. Cf., R. Savatier, *Manuel...*, n° 42 et 45. — Ourliac et de Juglart, *op. cit.*, 22 et 23.

193. Cf., Ripert et Boulanger, t. II, n° 2661.

194. Civ., 19 février 1873 : D. 1874.1.265 ; S. 1873.1.99. — Req., 28 juin 1892 : D. 1892.1.407 ; S. 1892.1.417. — Civ., 25 janvier 1905 : D. 1905.1.135. — Nancy, 26 mai 1920 : D. 1920.2.140 ; S. 1921.2.99.

195. Civ., 17 janvier 1894 ; D. 1894.1.127 ; S. 1894.1.136. — Trib. par. arr., Foix, 28 avril 1948 : D. 1948.J.432.

196. Soc., 6 février 1948 : D. 1949.J.26, note R. Savatier.

preuve de l'exécution certaine d'un bail à ferme [197]. La portée de ces deux arrêts a été discutée [198]. Il faut reconnaître que la Cour de Cassation n'a pas nettement manifesté l'intention de modifier son ancienne jurisprudence [199]. Cependant, on a pu penser notamment en présence de nouveaux arrêts, que la Cour suprême, tout au moins la section sociale de sa chambre civile, était disposée à admettre la preuve par témoins ou par présomptions du commencement d'exécution du bail [200].

MM. Ourliac et de Juglart ont critiqué cette interprétation [201]. Et se livrant à une analyse minutieuse de la jurisprudence la plus récente de la Cour de Cassation, ils ont montré qu'une occupation des lieux dont le caractère serait équivoque ne peut être qualifiée d'exécution de bail sans une preuve écrite de cette qualification. Mais il reste cependant — ce qui a toujours été admis et qui expliquerait peut-être les arrêts où l'on a voulu voir un revirement de jurisprudence — qu'une occupation non équivoque peut être considérée comme une exécution indéniable d'un bail. Cette exécution suffira à établir le contrat et c'est pratiquement ce qui produira le plus souvent. Par là le locataire verbal occupant les lieux pourra, en général, malgré l'absence d'écrit, établir l'existence de son titre locatif ; mais aussi l'acquéreur n'aura pas à supporter les conséquences d'un bail verbal n'ayant reçu aucun commencement d'exécution, c'est-à-dire ne s'appuyant sur aucune occupation des lieux, ce qui constitue pour lui le danger le plus difficile à soupçonner.

70. En deuxième lieu, si l'on n'accepte pas cette argumentation, si l'on n'admet pas que l'existence du contrat doive, pour être opposable aux tiers, pour devoir être respectée par eux, être établie à leur égard selon les modes de preuve exigés entre parties [202], il faut reconnaître cependant que l'équité la plus élé-

197. Soc., 12 février 1948 : S. 1949.1.117, note Meurisse.

198. V., notes de M. R. Savatier et de M. Meurisse ; l'article de M. Béraud, *Bail écrit et bail verbal*, J.C.P. 1950.I.821, n° 12 et s. — *Add.*, Ourliac et de Juglart, *La preuve du bail rural*, J.C.P. 1952.I.971.

199. V., Civ., 24 février 1948 : Bull. civ., n° 58. — 21 mars 1949 : J.C.P. 1949.IV.77. — Comp., Douai, 14 janvier 1948 : J.C.P. 1948.IV.87. — Aix, 9 juin 1948 : J.C.P. 1948.IV.157. — Ourliac et de Juglart, *loc. cit.*, et la jurisprudence citée, n° 14 et s.

200. V., Soc., 22 octobre 1949 : J.C.P. 1949.IV, éd. G., 169. — Comp., Soc., 19 mai 1950 : J.C.P. 1950.II.5705. — R. Béraud, *loc. cit.*, et *La preuve du bail fait sans écrit, particulièrement du bail rural*, Rép. Commaille 1948.1.158, n° 4.

201. Art. précité.

202. V., en ce sens, à propos du contrat de bail, Trib. civ., Nice, 24 juillet 1924 : Gaz. Trib., 26 novembre 1924. — Comp., Toulouse, 13 décembre 1937 : Gaz. Pal. 1938.1.425.

mentaire ne permet pas de faire souffrir un tiers de l'existence d'un contrat qu'il n'a pu connaître. La connaissance de l'acte par le tiers devient alors une condition de l'opposabilité de cet acte, même en tant que simple fait, dans la mesure où l'on veut faire découler de la simple existence de cet acte certaines conséquences pour ce tiers. Cette règle est à la base de l'opposabilité aux tiers ; son application est générale ; ce n'est que pour faciliter la preuve de cette connaissance que le législateur a dans certains cas organisé des procédés de publicité destinés à renseigner les tiers ; mais dans tous les autres cas cette connaissance des tiers pourra se prouver par tous les moyens [203]. Et en l'espèce on peut penser que la connaissance de la location verbale par le tiers acquéreur existera chaque fois que le preneur occupe les lieux ; et l'on peut conclure, comme le fait M. Esmein dans sa note, que « le fait contraire est tellement rare qu'il s'impose de présumer en fait qu'il en aura eu connaissance » [204].

Ainsi, quelle que soit la voie que l'on suive, on aboutit toujours au même résultat, à savoir que la location verbale sera pratiquement opposable aux tiers acquéreurs chaque fois que cette location s'appuyera sur une occupation non équivoque des lieux.

Et en définitive on voit que, même sur le terrain de l'argumentation juridique, il n'est pas impossible d'arriver à une certaine conciliation entre la thèse de la Cour de Cassation et celle proposée par M. Esmein.

71. Cette discussion sur la conciliation de l'article 1743 du Code civil, avec la législation nouvelle des baux, nous éclaire sur la *nature du droit au maintien dans les lieux* et sur ses rapports avec le droit au bail.

Il en résulte en effet que le droit au maintien dans les lieux sera opposable à l'acquéreur, comme à toute autre personne. Et ce droit apparaît ainsi comme un droit absolu opposable à tous. Mais ce droit sera opposable dans son ensemble avec tous ses éléments, tel qu'il est défini par la loi, c'est-à-dire « aux clauses et conditions du bail primitif non contraires à la loi ». Et il n'est pas sans intérêt de remarquer que, pratiquement, l'on arrive ainsi, mais indirectement, par le biais du maintien dans les lieux, à faire supporter à un tiers acquéreur, malgré l'article 1743, le bail sans date certaine.

203. V., *infra*, l'étude approfondie de ces questions.
204. *Loc. cit.*, col. 3.

Ainsi se précisent les rapports entre le droit au bail et le droit au maintien dans les lieux. Bien qu'on puisse les considérer comme deux droits distincts soumis à un régime juridique parfois différent, ils sont cependant étroitement liés l'un à l'autre en ce sens que, d'une part, le droit au maintien dans les lieux suppose un droit au bail antérieur et que, d'autre part, tout titulaire d'un bail en cours bénéficie après l'extinction de son droit au bail d'un droit au maintien dans les lieux qui prolonge sa jouissance de l'immeuble.

B. — L'état actuel de la situation du preneur

72. La situation du locataire de locaux d'habitation ou à usage professionnel se trouve donc considérablement renforcée par la législation nouvelle. Par l'effet du droit au maintien dans les lieux que ce locataire acquiert automatiquement et de plein droit à l'expiration de son bail, il obtient un *droit de jouissance d'une durée illimitée et opposable à tous.*

La seule restriction qui est apportée à ce droit absolu de jouissance résulte du droit de reprise que peut exercer, sous certaines conditions, le propriétaire [205]. La tendance du législateur de 1948 a été d'admettre ce droit de reprise plus largement que ne l'avaient fait les lois précédentes [206]. Les hypothèses de reprise sont cependant limitativement énumérées. Dans de nombreux cas, d'ailleurs, le propriétaire qui veut reprendre est obligé de fournir au locataire un nouveau local (art. 18). Et lorsque le droit de reprise est accordé sans obligation de relogement (art. 19 et 20), il est soumis à des conditions assez strictes qui n'ont pas empêché les locataires de protester encore contre les facilités de certaines reprises (hypothèses de propriétaires privilégiés, article 20) et les dangers qu'elles présentaient pour eux [207]. Et pour mettre les locataires à l'abri des menaces d'éventuelles reprises par un propriétaire privilégié, on propose de leur accorder un droit de préemption au cas de vente de l'appartement qu'ils occupent [208].

205. Pour l'étude de ce droit de reprise, voir, Grimaud et Givord, *op. cit.*, n° 130 et s. — P. Esmein, Supp. perm. à Aubry et Rau, t. V, § 370 *ter*, n° 16 et s. — *Add.*, la série d'études publiée par MM. Fau et Debeaurin aux Annales des loyers et de la propriété commerciale, 1951.

206. Cf., Grimaud et Givord, *op. cit.*, n° 130.

207. V., E. Schaffhauser, *L'abus du droit en matière d'application de la loi du 1er septembre 1948 ;* Lois nouv., 1950, p. 87.

208. Une réforme de ces textes est en effet à l'étude depuis assez longtemps devant le Parlement. Une loi a été promulguée le 1er décembre 1951

Le renforcement des droits du locataire sur l'immeuble loué se manifeste encore par une amélioration de ses pouvoirs d'utilisation et d'aménagement du local et la reconnaissance d'un certain pouvoir de disposition de ce local.

a) Pouvoirs d'aménagement du local

73. A la différence du statut du fermage et du métayage, la loi du 1er septembre 1948 ne règle pas le sort des constructions et améliorations effectuées par le preneur sur les lieux loués. Il faudra donc, en principe, continuer d'appliquer les règles du droit commun et la jurisprudence antérieure qui, en l'absence d'accord du propriétaire, considérait le locataire comme un constructeur de mauvaise foi [209].

La loi de 1948 a cependant prévu et réglementé certaines hypothèses qui sont d'ailleurs celles qui se présentaient le plus fréquemment.

Tout d'abord, l'article 72 permet au locataire de *faire installer l'eau, le gaz, l'électricité et même le téléphone,* et il interdit au propriétaire de s'opposer à ces installations. Avant la législation exceptionnelle sur les loyers et en application des textes du Code civil, la jurisprudence avait déjà reconnu au preneur le droit de faire procéder à des installations analogues [210]. Mais le bailleur conservait toujours la possibilité de s'y opposer par une clause formelle du bail, et on estimait en général que la clause interdisant tout changement dans l'état des lieux suffisait même pour rendre ces installations impossibles sans l'accord du bailleur [211]. La loi de 1948, en interdisant au propriétaire de s'opposer à la réalisation des installations, n'a fait que reprendre une règle déjà édictée par la loi du 29 juin 1929, modifiant la loi du 1er avril 1926, qui réputait nulle de plein droit toute clause interdisant au preneur de procéder à ces installations. Mais on estimait cependant que le bailleur pouvait toujours en fin de bail exiger la remise des lieux en l'état [212]. C'est sur ce point que

en faveur de ces locataires menacés de reprise sans relogement. Elle leur permet d'obtenir des délais d'expulsion. V., loi 1er décembre 1951 : J.O., 2 décembre 1951. — J.-G. Le Mardelé, *Commentaire de la loi du 1er décembre 1951 tendant à permettre de surseoir aux expulsions de certains locataires,* J.C.P. 1952.I.961.

209. Cf., Saint-Alary, article précité, Rev. trim. dr. civ., 1947, p. 263 et s., spéc. n° 26 et s.

210. Cf., Paris, 29 novembre 1862 : D. 1862.2.108 ; S. 1863.2.32. — Grenoble, 23 juillet 1897 : D. 1898.2.117 ; S. 1899.2.43.

211. Paris, 22 décembre 1864 : S. 1865.2.134. — V., cependant, Bordeaux, 6 juillet 1903 : D. 1903.2.82 ; S. 1903.2.296.

212. Cf., Planiol, Ripert et Perreau, t. X, n° 577.

la loi de 1948 apporte une nouvelle atteinte aux droits du propriétaire. Non seulement il ne peut plus s'opposer aux installations que décidera de faire le preneur, mais encore il ne pourra pas en exiger l'enlèvement au départ de l'occupant, et il sera même tenu, nonobstant toutes conventions contraires, de rembourser les frais d'installation de l'eau, du gaz et de l'électricité ; seule, l'installation du téléphone ne donne lieu à aucune indemnité. Le propriétaire, toutefois, n'est tenu qu'au remboursement des « dépenses normales », et encore le montant en est-il réduit de 6 % par année écoulée depuis l'exécution des travaux [213].

74. En second lieu, l'article 73 vise d'une manière générale « *les travaux d'entretien, de réparation ou d'amélioration* » ; il suppose que « le locataire, ou l'occupant, a été autorisé amiablement ou par justice à les effectuer aux lieu et place du propriétaire », et il prévoit en ce cas un système de remboursement par compensation avec le montant des loyers à échoir. L'hypothèse d'un accord amiable entre les parties ne présente aucune particularité nouvelle ; de semblables accords eussent été parfaitement valables dans la législation antérieure [214]. Mais le nouveau texte suppose également que le locataire peut se faire autoriser par justice à effectuer les travaux malgré le refus du bailleur. La situation est alors plus délicate et présente des difficultés d'interprétation, car la formule du texte n'est pas très explicite. Il ne fait pas de doute cependant que le locataire ne pourra pas demander au propriétaire le remboursement des travaux d'entretien et des réparations locatives ; ces travaux sont à la charge du locataire, et non seulement il peut, mais il doit les exécuter ; il ne saurait être question de les faire rembourser par le propriétaire. En revanche, le texte concerne sûrement les « grosses réparations » ; il s'agit des travaux importants qui sont nécessaires au maintien d'habitabilité de l'immeuble et qui sont à la charge du propriétaire ; on comprend que le locataire puisse être autorisé à les effectuer aux lieu et place de ce dernier ; cette solution était d'ailleurs admise sous l'empire du Code civil [215]. Mais des difficultés pourront se présenter en ce qui con-

213. Cf., L. 1er septembre 1948, article 72. — Grimaud et Givord, *op. cit.*, nos 71 et 72.

214. V., Req., 19 juillet 1911 : D. 1913.1.392. — Comp., Civ., 28 mai 1945 : Gaz. Pal. 1945.2.25, Rev. trim. dr. civ. 1947.200, obs. Carbonnier.

215. Baudry-Lacantinerie et Wahl, t. I, n° 325 et s. — Planiol, Ripert et Perreau, n° 510. — Aubry et Rau, t. V, 6e éd., par Esmein, § 366 ; p. 21,1 et s. — Ibéro, *Des obligations d'après le droit commun du bailleur d'immeubles envers le locataire dans le bail à loyer, et de l'exécution de ces obligations*, thèse, Toulouse, 1940, p. 87. — Comp., Civ., 19 juillet 1950 : D. 1951.S.3.

cerne les travaux d'amélioration. Faut-il penser que le législateur a voulu imposer au propriétaire l'obligation de contribuer aux travaux d'amélioration que le tribunal jugerait utile d'autoriser ? On peut en douter ; et MM. Grimaud et Givord l'ont nié [216]. Il faut remarquer en ce sens que les installations prévues par l'article 72 constituent des travaux d'amélioration et que le législateur en donne une liste limitative. On pourrait dire il est vrai que l'on a envisagé dans l'article 72 les travaux d'amélioration que le locataire pourra entreprendre sans autorisation, et que dans l'article 73 on lui accorde la possibilité de faire effectuer tous autres travaux du même genre sous contrôle du Tribunal. Mais on ne comprendrait pas alors pourquoi l'installation du téléphone ne donnerait pas lieu à indemnisation, alors que des travaux d'amélioration moins utiles pourraient être mis à la charge du propriétaire. A défaut d'un texte plus explicite, il semble donc préférable de s'en tenir au raisonnement strict et logique de MM. Grimaud et Givord : l'article 73 parle de travaux effectués aux lieu et place du propriétaire ; il ne peut donc s'agir que des travaux dont ce propriétaire avait la charge, l'obligation ; ce n'était pas le cas des travaux d'améliorations [217].

Ajoutons enfin qu' « en cas de carence du bailleur... le preneur peut demander au juge de se substituer au propriétaire pour bénéficier de l'aide financière du fonds national de l'habitat » (art. 73, al. 2).

On voit ainsi que le preneur obtient davantage de droits qu'il n'en avait auparavant, en ce qui concerne l'aménagement matériel de l'immeuble. Certes, l'interprétation doctrinale et jurisprudentielle s'était efforcée de lui reconnaître la plupart de ces droits ; mais, dans un domaine où le principe de la liberté des conventions était souverain, son action se trouvait nécessairement limitée par les clauses formelles du bail. En consacrant expressément ces droits dont bénéficient tous les locataires, même s'ils n'ont pas droit au maintien dans les lieux (art. 82), la loi nouvelle interdit toute clause qui pourrait en restreindre l'existence ou l'efficacité.

216. *Op. cit.*, n° 73. — Dans le même sens, P. Esmein, dans Aubry et Rau, Sup. perm., t. V, § 366, texte et note 6.
217. Cf., Grimaud et Givord, *loc. cit.*

b) Pouvoirs de disposition du local

75. La loi de 1948 réglemente également les actes juridiques relatifs au droit au bail ou au droit au maintien dans les lieux auxquels peut procéder le locataire ou l'occupant ; autrement dit, elle réglemente le droit de disposition de leur droit de jouissance.

L'article 1717 du Code civil accordait au preneur le *droit de sous-louer ou de céder* son bail. Mais il s'agissait d'une règle interprétative de la volonté des parties. Le bailleur pouvait subordonner la cession ou la sous-location à son consentement exprès ; il pouvait aussi interdire absolument toute cession ou sous-location. L'article 1717, qui déclarait que ces clauses étaient « toujours de rigueur », avait voulu sans doute mettre fin à l'ancienne jurisprudence qui permettait au preneur de passer outre à un refus injustifié du bailleur. Cependant, on avait continué à penser que le bailleur ne pouvait pas refuser arbitrairement son consentement à une sous-location ou à une cession, et les tribunaux s'étaient reconnu le droit de contrôler les motifs de son refus [219].

La loi de 1948 est, sur le principe, défavorable au preneur, mais elle apporte à ce principe une dérogation d'ordre public qui constitue un avantage certain pour le preneur. A dater de la publication de la loi [219], est-il dit à l'article 78, alinéa 1, le preneur ne pourra ni sous-louer, ni céder son bail, sauf clause contraire du bail ou accord du bailleur. C'est donc un principe contraire à celui du Code civil qui est édicté ; mais, pratiquement, la solution ne présente pas de grande différence puisqu'il s'agit toujours d'une disposition interprétative de la volonté des parties, que celles-ci seront libres de modifier par des clauses ou des accords contraires. Et les droits du preneur seront bien pratiquement les mêmes que ceux qu'il possédait auparavant, si l'on admet avec M. Esmein que le bailleur ne pourra refuser son accord que s'il justifie de « motifs légitimes » et que le juge pourra autoriser le preneur à passer outre à un refus injustifié

218. Cf., Aubry et Rau, t. V, 6e éd., par P. Esmein, § 368, p. 253 et s., texte et notes 8 à 10. — Planiol, Ripert et Perreau, nos 554 et 555. — Esmein, *Les clauses des baux à loyers relatives à la faculté de sous-louer ou de céder le bail*, Sem. jur., 1927, p. 1105. — R. Savatier, *L'interdiction de sous-louer ou de céder le bail*, D.H., 1928, chron., p. 29. — Josserand, note D. 1923. 2.169. — Voirin, note au D. 1932.2.57. — V., Req., 31 octobre 1922 : D. 1923. 1.205 ; S. 1924.1.57, note Esmein.

219. Pour l'application aux baux en cours, v., Soc., 20 mars 1952 : Gaz. Pal., 17-20 mai 1952.

du bailleur [220]. Par ailleurs, l'article 78 alinéa 2 accorde un avantage supplémentaire au locataire principal ; celui-ci peut toujours, nonobstant toute clause contraire, sous-louer ou céder une pièce lorsque le local en comporte plusieurs.

Nous avons déjà dit que l'on tend à considérer que ces dispositions ne concernent que le locataire en cours de bail. L'occupant bénéficiaire d'un maintien dans les lieux ne pourrait que sous-louer une pièce dans les conditions prévues par l'article 10 alinéa 7, c'est-à-dire au cas de « logement insuffisamment occupé » [221]. Cette distinction entre le locataire et l'occupant se fonde sur les termes de l'article 78, elle est conforme d'autre part à la nature du droit au maintien dans les lieux, « droit exclusivement attaché à la personne » (art. 17) et qui, par conséquent, ne doit pouvoir être transmis que dans les hypothèses expressément autorisées par le législateur.

76. Tel est justement l'objet de l'article 79 qui autorise « tout occupant bénéficiaire d'un maintien dans les lieux et tout locataire » à *échanger le local* qu'il occupe en vue d'une meilleure utilisation familiale.

Le texte primitif de l'article 79 a été modifié par la loi du 16 juillet 1949 pour mettre fin à une interprétation restrictive qui avait commencé à se former. La loi de 1948, en effet, autorisait l'échange à « tout locataire ou occupant, bénéficiaire d'un maintien dans les lieux » ; un jugement du Tribunal civil de la Seine en avait conclu que le locataire, titulaire d'un bail en cours, ne pouvait pas y procéder [222]. Cette décision n'avait pas été suivie [223]. Mais pour éviter toute nouvelle discussion, la loi du 16 juillet 1949 a modifié la formule de l'article 79 pour bien marquer que « tout locataire », même en cours de bail, pourrait procéder à l'échange.

D'autre part, on avait refusé le droit d'échange à l'occupant qui ne bénéficiait pas du maintien dans les lieux parce qu'il occupait insuffisamment l'immeuble (art. 10, al. 7) [224]. Pour protéger

220. Cf., Esmein, dans Aubry et Rau, Sup. perm., § 370 *ter*, n° 46, note 92. — Trib. civ., Seine, 27 juillet 1949 : J.C.P. 1950.IV.31. — Paris, 6 juillet 1951 : J.C.P. 1951.II.6441, note Givord.

221. Cf., *Supra*, n° 62. — Grimaud et Givord, *op. cit.*, n° 254 et s. ; toutefois, ces auteurs souhaitent que l'on reconnaisse à tout occupant le droit de sous-louer ou céder une pièce, conformément à l'art. 78, al. 2 ; cf., n° 257, note 1. — *Contra :* Trib. civ. de Fontainebleau, 20 juillet 1949 : J.C.P. 1949. II.5116, obs. F. Givord.

222. Trib. civ., Seine, 17 novembre 1948 : J.C.P. 1949.II.4668, obs. Givord ; Gaz. Pal. 1948.2.252.

223. Elle a été réformée par la Cour de Paris, 6e ch., 29 juin 1949 : Gaz. Pal. 1949.2.144.

224. Trib. civ., Seine, 17 novembre 1948, précité, et les observations de M. Givord.

ces occupants menacés d'expulsion, on avait songé à leur permettre d'effectuer l'échange, lorsqu'ils en avaient pris l'initiative, avant d'avoir reçu congé du propriétaire [225]. La loi du 16 juillet 1949 est allée plus loin. Elle a décidé que la déchéance du droit au maintien dans les lieux ne serait encourue qu'après un délai de six mois à dater de la signification du congé. Pendant ce délai, les occupants auront donc la possibilité d'effectuer un échange qui leur permettra d'obtenir un local conforme à leurs besoins et dans lequel ils bénéficieront du maintien dans les lieux.

La réforme de 1949 est donc conforme à tous les désirs du législateur : elle contribue à favoriser une meilleure répartition des logements ; elle protège en même temps la situation de certains locataires. Il n'en reste pas moins que la faculté d'échange constitue une nouvelle atteinte aux pouvoirs du propriétaire. Celui-ci se voit imposer un occupant qu'il n'a jamais choisi. C'est là une atteinte certaine au caractère personnel des rapports qui naissent du contrat de bail.

SECTION III

Les baux commerciaux [226]

77. Par l'expression « baux commerciaux », on a pris l'habitude de désigner les baux d'immeubles ou de locaux à usage commercial ou industriel ; il s'agit donc de baux de choses immo-

225. Trib. civ., Seine, 10 janvier 1949 : D. 1949.J.77, note R.D. — Trib. civ., Seine, 26 avril 1949 : D. 1949.J.285, note R.D.

226. La littérature juridique est aussi développée en cette matière qu'en ce qui concerne les baux ruraux ou les baux d'habitation. Nous citerons les travaux les plus importants et où l'on pourra trouver des bibliographies plus détaillées : Trasbot, *La propriété commerciale*, Ann. de Dr. com., 1926, p. 121 ; et Com. au D. 1926.4.257 ; D. 1927.4.297 ; D. 1924.4.26. — Demontès, *La propriété commerciale*, Rev. crit., 1928, p. 567-624. — Marin, *Traité théorique et pratique de la propriété commerciale*, 1928 et 1932. — Demontès et Jauffret, *Code de commerce annoté*, t. I, p. 299 et s. — Reulos, *Code annoté de la propriété commerciale*. — Eugène et Pierre Courbis, *La propriété commerciale*, 1933, supp., 1916. — Robert-Martin et Maus, *Traité théorique et pratique des baux commerciaux*, 2e éd. 1934 mise à jour en 1937. — Escarra et Rault, *Principes de droit commercial*, t. I, 1934, p. 598 et s. — Sennesse, *La propriété commerciale*, thèse, Toulouse, 1932. — Jean Milhaud, *Propriété commerciale*, thèse, Toulouse, 1935. — Le Blanc, *Le refus de renouvellement des baux commerciaux*, thèse, Lille, 1935. — Fougères, *Le droit au renouvellement du bail commercial*, thèse, Paris, 1937. — Vitu, *Propriété commerciale et propriété culturale*, Rev. trim. dr. civ., 1947, p. 261 et s. — Robert-Martin, Maus et Lafarge, *Manuel des baux commerciaux*, 2e éd., 1948, et 3e éd., 1951. — Robert-Martin et Hennebicq, *La propriété commerciale en droit comparé*, D., 1949, chron., p. 37.

L'étude de la propriété commerciale a fait l'objet des travaux de l'Association Henri-Capitant aux Journées de droit de Verviers (4 et 5 mai 1951), v. *Travaux de l'Association Henri-Capitant*, t. VI, 1950, p. 71 s., Dalloz, 1952.

bilières servant à titre principal ou accessoire à l'exercice d'un commerce ou d'une industrie ; et malgré ses termes larges, cette expression ne concerne pas les locations de fonds de commerce [227] que l'on dénomme « gérance-location » ou « gérance libre » et qui n'ont fait l'objet d'aucune réglementation légale [228].

L'origine de la protection du locataire commerçant est intimement liée à la reconnaissance juridique de la valeur propre du fonds de commerce par la loi du 17 mars 1909 et à la nécessité d'assurer la protection des divers éléments qui composent ce fonds. Parmi eux, le droit au bail occupe une place importante. La perte du local signifie souvent la perte du fonds de commerce qui y était installé. Le commerçant qui a fait parfois des efforts considérables et a engagé de grosses dépenses pour attirer une clientèle dans son magasin risque de perdre tout le bénéfice de son travail s'il est obligé de quitter le local où il s'était installé. On dira peut-être que cette perte n'est pas injustifiée, car si la clientèle ne suit pas le commerçant dans son départ, c'est la preuve qu'elle est attirée davantage par la situation du fonds que par les qualités de l'exploitant. Les commerçants répondront qu'en installant dans le local un commerce similaire, le propriétaire va bénéficier injustement des efforts accomplis pour créer la clientèle.

La réforme du régime des baux commerciaux est donc née d'un conflit entre deux propriétés : la propriété incorporelle du fonds de commerce et la propriété immobilière du local ou de l'immeuble où s'exploite ce fonds [229]. La crise des locaux qui sévit après la guerre de 1914-1918 n'a pu que favoriser cette réforme, elle n'en a pas été la cause. Dès avant cette guerre, les commerçants

227. Cf., Req., 19 décembre 1933 : D.H. 1934.50 ; Sem. jur. 1934.188. — Agen, 15 novembre 1945 : J.C.P. 1946.II.2992. — Montpellier, 24 avril 1947 : Gaz. Pal. 1947.2.51. — Montpellier, 17 mars 1949 : D. 1949.J.341. — Comp., Req., 22 juillet 1931 : D.H. 1931.507. — Soc., 12 décembre 1941 : Gaz. Pal. 1942.1.121. — Paris, 5 janvier 1949 : Gaz. Pal. 1949.1.133. — Nancy, 2 janvier 1950 : Gaz. Pal. 1950.1.74.

228. Sur les difficultés que présentent ces contrats de location, v., P. Raynaud, *Le contrat de location d'un fonds de commerce*, Rev. crit., 1936, p. 546 et s. — Cendrier, *Le fonds de commerce*, 6e éd., par Robert-Martin et Maus, n° 629 et s. — A. Cohen, *Traité théorique et pratique des fonds de commerce*, 2e éd., 1948, t. II, n° 990 et s. — Voirin, *Propriété et responsabilité dans les baux ayant pour objet une exploitation ; spécialement dans le bail du fonds de commerce*, Rev. trim. dr. civ., 1931, p. 285.

Le Conseil de la République avait voulu faire bénéficier les locataires de fonds de commerce d'une prorogation de bail, et il avait voté un texte en ce sens à l'occasion de la loi du 3 septembre 1947 prorogeant les baux commerciaux (J.O., 9 août 1947, Déb. parl., Cons. Rép., p. 1653). Mais l'Assemblée Nationale rejeta cette disposition.

229. Cf., Louis Rigaud, *Le conflit de deux propriétés. (Propriété immobilière et « propriété commerciale ». Le socialisme et les petits commerçants)*, Ann. Dr. com., 1921, p. 113 et s.

demandèrent avec insistance le droit de se maintenir en place par un renouvellement automatique de leur bail ; à défaut de ce renouvellement, ils exigèrent que le propriétaire fût obligé de les indemniser du préjudice qu'ils subissaient [230].

Au sein du Parlement, l'opposition fut vive entre les avocats des commerçants et les défenseurs de la propriété immobilière. Et il fallut attendre le 30 juin 1926 pour voir aboutir une solution transactionnelle qui, tout en réservant au propriétaire le droit de refuser inconditionnellement le renouvellement du bail, l'obligeait cependant, en l'absence de motifs légitimes de non renouvellement, à verser au locataire commerçant évincé une indemnité compensatrice du préjudice subi par ce dernier.

Ce système constitue encore ce que l'on pourrait appeler le régime de droit commun en matière de baux commerciaux. La loi du 30 juin 1926 a été plusieurs fois modifiée [231], notamment par les lois du 13 juillet 1933 et du 18 avril 1946 ; mais elle demeure cependant le texte de base et consacre toujours le principe du renouvellemeent non obligatoire. Aussi, les locataires commerçants paraissent bénéficier de prérogatives moins importantes que les preneurs de biens ruraux ou les locataires de locaux d'habitation.

Mais, en fait, depuis la guerre de 1939, un régime que par opposition au premier on peut qualifier d'exception a permis au locataire commerçant de demeurer en place sans restrictions, grâce à l'octroi d'un maintien en possession des lieux (décret-loi du 26 septembre 1939, article 12), puis de prorogations temporaires de bail (loi du 18 avril 1946) qui ont été successivement renouvelées et le seront sûrement encore, jusqu'à ce que soit votée la proposition de loi élaborée par la Commission de la Justice de l'Assemblée Nationale à la suite de multiples propositions tendant à modifier le régime de la « propriété commerciale ».

Et la tendance générale qui se dégage de cette proposition consiste en un nouvel accroissement des pouvoirs des locataires. Elle enlève aux propriétaires le droit de refuser inconditionnellement le renouvellement. On s'oriente ainsi vers un renouvellement, sinon automatique comme en matière de baux ruraux, du moins obligatoire.

230. On trouva une analyse très complète et très vivante des diverses propositions de lois qui furent déposées jusqu'en 1921 dans l'article de M. L. Rigaud.

231. Cf., Lois du 22 avril 1927, 13 juillet 1933, 2 février 1937, décret du 25 août 1937, décret-loi du 17 juin 1938, loi du 18 avril 1946.

§ 1

La loi du 30 juin 1926 et le renouvellement facultatif

78. Dès leurs premières revendications, les commerçants réclamèrent la reconnaissance de ce qu'ils appelaient la « propriété commerciale intégrale ». Ils demandaient que leur fût reconnu en toute hypothèse un droit de renouvellement obligatoire et sans réserve. En somme, ils exigeaient que la plus-value qu'ils avaient donné à l'immeuble par leur activité fût la source d'une sorte de copropriété sur cet immeuble [232].

Mais lorsqu'ils eurent compris qu'ils ne pourraient pas obtenir un droit aussi étendu, ils se contentèrent d'exiger un droit de priorité au cas de nouveau bail. Dans ce système, le propriétaire serait libre de ne pas relouer ; mais, s'il le fait, il devrait obligatoirement accorder le nouveau bail au locataire sortant. C'était encore vouloir concéder au locataire un droit très fort puisqu'il lui aurait permis d'évincer tout autre locataire.

Le législateur de 1926 ne s'est pas arrêté à cette conception. Le respect de l'absolutisme du droit de propriété était encore puissant à cette époque et l'on ne voulut pas adopter de dispositions qui auraient pu être interprétées comme une atteinte directe au droit de propriété immobilière. On a ainsi rejeté toute allusion à l'idée d'un droit réel du locataire commerçant sur l'immeuble loué. *C'est dans une conception purement indemnitaire que l'on a cherché la solution du problème.* On s'est tourné pour cela vers les idées d'abus de droit et d'enrichissement sans cause.

Le propriétaire conserve le droit de refuser le renouvellement [233]. Mais s'il abuse de ce droit, s'il refuse sans motif légitime de relouer au locataire sortant, il devra verser à ce dernier une indemnité compensatrice du préjudice que lui cause l'éviction. D'autre part, le propriétaire pourra être tenu de verser à ce locataire une indemnité de plus-value, lorsqu'il profitera d'une augmentation de la valeur locative de l'immeuble par suite des améliorations qui y auront été apportées. Enfin, la loi sanctionne par une indemnité spéciale l'exercice d'un commerce similaire à celui qu'exerçait le locataire sortant.

232. Cf., L. Rigaud, *op. cit.*, p. 117.

233. La Cour de Cassation a eu récemment l'occasion de rappeler ce principe, Com., 6 juillet 1949 : D. 1949.J.497 ; Gaz. Pal. 1949.2.229. — Comp., Soc., 6 mars 1941 : Gaz. Pal. 1941.1.572. — Nancy, 10 décembre 1945 : D. 1946. J.147.

Le droit au renouvellement du locataire commerçant se résout ainsi en un *droit éventuel à indemnité*. Il apparaît essentiellement comme un droit de créance à l'encontre du bailleur. Mais, en fait, la situation n'est pas aussi claire. Le paiement des indemnités garde pour le bailleur un caractère subsidiaire ; il est pour ainsi dire primé et en quelque sorte effacé par l'obligation de renouveler et par l'interdiction d'installer ou de laisser installer un commerce similaire. La *pression qui est exercée sur le bailleur par la menace des indemnités limite son droit de refuser le renouvellement ;* et cette limitation ne peut que renforcer la situation du preneur et son emprise sur l'immeuble loué, en sorte qu'on a pu dire que la loi du 30 juin 1926 avait « créé en fait une véritable expropriation déguisée du propriétaire » [234]. Les textes subséquents qui ont modifié cette loi ont encore apporté de nouveaux avantages aux locataires, soit en facilitant les conditions d'application de la loi (accroissement du nombre des bénéficiaires, relèvement des forclusions), soit en élevant le montant des indemnités.

A. — Les conditions du droit au renouvellement

79. L'application de la loi de 1926 suppose tout d'abord que *le locataire exploite dans les lieux loués un fonds de commerce ou d'industrie* [235]. Par là se manifeste le but de cette législation qui tend essentiellement à protéger, non pas le bail, mais le fonds de commerce. Cette première règle a cependant donné lieu à certaines difficultés [236], notamment dans le cas de mise en gérance

234. Cf., Demontès, article précité, p. 580.

235. La loi du 18 avril 1946 a modifié l'article premier de la loi de 1926 et a expressément visé les artisans. Il semble que le législateur ait voulu ainsi faire bénéficier les fonds artisanaux de la propriété commerciale. Mais la jurisprudence interprète restrictivement les termes du texte qui décide que la loi s'applique aux locaux où « s'exploite un fonds de commerce ou d'industrie, qu'il appartienne à un commerçant, un artisan ou un industriel » ; et elle ne reconnaît le bénéfice de la propriété commerciale aux artisans que dans la mesure où ils ont un fonds de commerce (cf., Trib. civ., Gourdon, 4 juillet 1949 ; D. 1949.J.526 ; Gaz. Pal. 1949.2.267. — Voir, Robert-Martin, Maus et Lafarge, *op. cit.*, n° 127). Mais si l'artisan n'a pas de fonds de commerce, il peut invoquer le bénéfice de la loi du 1er septembre 1948 (Trib. civ., Lille, 18 mars 1949 : Gaz. Pal. 1949.1.279).

236. Sur la question de savoir s'il y a exploitation d'un fonds de commerce, v., Robert-Martin, Maus et Lafarge, *op. cit.*, n° 122 et s. — et en dernier lieu, Bordeaux, 18 octobre 1948 : Gaz. Pal. 1948.2.270 ; J.C.P. 1949. II.4706, obs. J. Hémard. — Trib. civ., Seine, 18 novembre 1948 : J.C.P. 1949.II.4640, obs. J.G.L. ; 23 juin 1949 : D. 1949.J.453. — Rennes, 30 novembre 1949 : J.C.P. 1950.II.5443. — Pau, 24 avril 1950 : J.C.P. 1950.II.5715, note A. Laurens et J. Seignolle. — Paris, 1er mars 1950 : Gaz. Pal. 1950.2.64 ; 17 mai 1951 : D. 1951.J.418 ; J.C.P. 1951.II.6296. — Com., 29 janvier 1952 (2 arrêts, Electricité de France) : J.C.P. 1952.II.6804, note J.G.L.

dite libre du fonds de commerce [237]. Le gérant, tout d'abord, peut-il invoquer à titre personnel le bénéfice du droit au renouvellement et des avantages de la loi de 1926 à l'encontre du propriétaire de l'immeuble ? On a pu soutenir l'affirmative, car la loi du 13 juillet 1933 a expressément accordé le droit au renouvellement au sous-locataire (art. 21 modifié de la loi de 1926) et le locataire du fonds de commerce pouvait être considéré comme un sous-locataire du droit au bail [238]. Mais la jurisprudence ne s'est pas arrêtée à cette argumentation, car elle a estimé que la loi de 1926 supposait en la personne de celui qui sollicite le renouvellement la qualité de propriétaire du fonds, qualité que n'a pas le gérant [239]. Ainsi se manifeste un certain caractère réel de la propriété commerciale, en ce sens qu'elle ne peut appartenir qu'au propriétaire du fonds de commerce. Mais, ne faut-il pas, en outre, lui reconnaître un caractère personnel en exigeant de ce propriétaire qu'il ait également la qualité de commerçant. C'est ce que pense, contrairement à l'opinion dominante, M. R. Savatier [240], approuvant un jugement du Tribunal civil de Lille du 1er avril 1949 qui a refusé le bénéfice de la propriété commerciale au propriétaire du fonds ayant mis ce fonds en gérance-libre, car ce propriétaire avait perdu de ce fait la qualité de commerçant [241]. Cette solution serait grave au point de vue pratique car, combinée avec la règle précédente, elle aboutirait à supprimer tout droit à la propriété commerciale au cas de gérance libre. M. Savatier estime que c'est justice, car la reconnaissance de cette propriété

237. V., Henri-Meunier, *Le contrat de location de fonds de commerce et propriété commerciale*, Rev. Loyers, 1948, p. 395 et s. — R. Béraud, *Le fonds de commerce en gérance libre ; problèmes d'actualité*, J.C.P. 1952.I.962.
La gérance salariée ne pose pas de difficulté car le gérant salarié n'est qu'un mandataire du propriétaire du fonds, qui conserve seul, avec la qualité de commerçant, les avantages de la propriété commerciale.

238. En ce sens, P. Raynaud, article précité, n° 27 et s. — G. Ripert, *Traité élémentaire de droit commercial*, 2e éd., n° 485. — Comp., Req., 25 juillet 1938 ; Gaz. Pal. 1938.2.769 ; mais la Cour de Cassation paraît bien rejeter cette thèse dans son arrêt du 8 février 1949 : J.C.P. 1949.II.4947, obs. A. Cohen ; Gaz. Pal. 1949.1.189 ; D. 1949.J.333 ; S. 1949.1.197, note P. Marin. — Aj., Com., 19 juin 1951 : D. 1951.J.506.

239. V., Req., 19 décembre 1933 : Sem. jur., 1934, p. 88 ; D.H. 1934.50. — 25 juillet 1934 : Gaz. Pal. 1934.2.393. — Agen, 15 novembre 1945 : J.C.P. 1946. II.2992. — Com., 27 décembre 1948 : Rev. Loyers 1949.282.

240. R. Savatier, note au D. 1949.J.335. — *Contra :* Robert-Martin et Maus, Traité..., supp., n° 203-I ; Manuel..., n° 140. — Demontès et Jauffret, *Code de com. annoté*, t. I, p. 307, n° 74. — Reulos, *Code annoté de la propriété com.*, art. 2, § 1, p. 27. — Jauffret, obs. Rev. trim. dr. com., 1949, 629.

241. Trib. civ., Lille, 1er avril 1949 : D. 1949.J.335, note R. Savatier ; et les obs. de M. Jauffret à la Rev. trim. dr. com., 1949, p. 629, n° 28, II. — V., pour une formule analogue à celle de ce jugement, Bordeaux, 18 août 1948 : Gaz. Pal. 1948.2.270 ; J.C.P. 1949.II.4706, obs. J. Hémard. — Comp., Req., 7 juillet 1938 : J.C.P. 1939.II.1029 ; Gaz. Pal. 1938.2.770. — Paris, 5 janvier 1949 ; Gaz. Pal. 1949.1.133.

profiterait en définitive au seul propriétaire du fonds et ne ferait que favoriser ce « parasitisme » que constitue la gérance-libre [242]. Mais on a pu répondre que le propriétaire du fonds qui met ce fonds en gérance n'était pas toujours un capitaliste renonçant définitivement à l'exploitation commerciale et ne faisant qu'allonger la chaîne des intermédiaires inutiles ; ce peut aussi être un propriétaire qui est momentanément empêché d'exploiter (malade, mineur) et qui espère reprendre plus tard l'exploitation [243]. En droit, l'argumentation de M. Savatier n'a pas davantage réussi à convaincre les autres auteurs [244]. Et pour justifier l'octroi du droit au renouvellement au propriétaire du fonds, non-commerçant, on a invoqué l'article 5, alinéa 5, 1° de la loi de 1926, tel qu'il a été rédigé par la loi de 1946. Ce texte prévoit un cas spécial de reprise dans le cas où le propriétaire du fonds n'a pas exploité personnellement pendant quatre années consécutives. C'est dire, en conclut-on, que le défaut d'exploitation ne le prive pas automatiquement du droit au renouvellement [245]. La Cour de Cassation s'est arrêtée à cette solution [246]. Mais certains tribunaux inférieurs ont persisté dans la voie où s'est engagé le Tribunal civil de Lille et ont refusé au propriétaire du fonds, non-commerçant, le droit à la propriété commerciale [247].

80. Pour bénéficier des avantages de la loi de 1926, le locataire doit justifier d'une *jouissance d'une certaine durée*. Jusqu'à la loi de 1946, on estimait que les baux écrits ne donnaient droit au renouvellement que s'ils étaient supérieurs à deux ans ; quant aux locataires titulaires d'un bail verbal, ils devaient jus-

242. R. Savatier, note précitée, D. 1949.J.337, § III, col. 2 *in fine*.

243. Cf., Jauffret, obs. Rev. trim. dr. com., 1949, p. 629, n° 28, II, 2°.

244. Voir, Jauffret, *op. cit.*, n° 28, II, 1°) ; Etudes Ripert, t. II, p. 40. — A. Cohen, obs. au J.C.P. 1949.II.4947.

245. Cf., Trib. civ., Saint-Nazaire, 2 juin 1948 : Gaz. Pal. 1948.2.99 ; et les obs. de M. Jauffret, Rev. trim. dr. com., 1948, p. 631, n° 15.

246. Com., 8 février 1949 : Gaz. Pal. 1949.1.189 ; J.C.P. 1949.II.4947, obs. A. Cohen ; D. 1949.J.333 ; S. 1949.1.197, note P. Marin. — La Cour s'était prononcée dans le même sens dans un autre arrêt du 18 février 1941 : Gaz. Pal. 1941.1.564.

247. Trib. civ., Lyon, 18 février 1950 : D. 1950.J.390. — Trib. civ., Bonneville, 29 mars 1950 : D. 1950.J.425. — Trib. civ., Compiègne, 28 novembre 1950 : D. 1951.J.90. — V., pour une solution plus nuancée, Trib. civ. d'Aix, 8 mai 1951 : Gaz. Pal. 1951.2.304 ; Rev. trim. dr. com., 1952, 76, obs. Jauffret. — Comp., Béraud, article précité.

La jurisprudence reconnaît cependant au propriétaire du fonds qui a mis son fonds en gérance libre le droit à la prorogation du bail sous prétexte que ce droit est subordonné uniquement à l'occupation matérielle des lieux et ne suppose pas une exploitation personnelle et effective du fonds par le locataire. Cf., Civ., 8 février 1949 : Gaz. Pal. 1949.1.189. — Aix, 16 mars 1949 : Rev. Loyers 1949.388. — Paris, 22 novembre 1950 ; Gaz. Pal., 6 février 1951. — Montpellier, 2 novembre 1950 : Gaz. Pal., 6 février 1951, sous-note ; J.C.P. 1951.II.6063, 2e espèce. — Douai, 12 février 1951 : D. 1951.J.353.

tifier d'une jouissance consécutive d'au moins six ans (art. 17 ancien). La loi de 1946 a modifié ces règles dans un sens favorable aux locataires, désormais le renouvellement peut être invoqué par les locataires ou leurs ayants cause qui justifient soit d'une jouissance consécutive de deux années en vertu d'un ou plusieurs baux écrits successifs, soit d'une jouissance consécutive de quatre années en vertu, ou bien d'un ou plusieurs baux verbaux successifs, ou bien de baux écrits ou verbaux successifs (art. 1, al. 2 nouveau) [248].

81. Le droit au renouvellement suppose donc l'*existence d'un bail*. L'occupant sans titre n'a pas droit à la propriété commerciale [249]. Mais est-il nécessaire que le bail soit opposable à celui qui est propriétaire de l'immeuble au jour de la demande de renouvellement ? En cas de vente de l'immeuble, par exemple, le droit au renouvellement est-il opposable à l'acquéreur qui peut, aux termes de l'article 1743 du Code civil, méconnaître le bail sans date certaine passé par son auteur ? C'est encore la question de la conciliation de l'article 1743 avec la législation nouvelle qui se trouve ainsi posée. *Le tiers auquel le bail est inopposable peut-il cependant se voir opposer le droit au renouvellement ?*

Il est curieux de remarquer que cette difficulté semble avoir été longtemps ignorée de la pratique. Jusqu'à ces dernières années, en effet, il n'apparaît pas que les propriétaires d'immeubles aient songé à invoquer l'article 1743 pour échapper à l'obligation du renouvellement [250]. Faut-il croire qu'ils avaient conscience de l'inefficacité de cet argument ? Ou bien est-ce par réaction contre les nouveaux avantages accordés aux preneurs qu'ils ont songé à se défendre par tous les moyens concevables ? Le fait est que se sont les acquéreurs de locaux d'habitation qui, les premiers, eurent recours à ce texte du Code civil pour écarter la nouvelle législation sur les loyers. L'exemple se communiqua aux acquéreurs de locaux à usage commercial qui essayèrent surtout, par ce procédé, de s'opposer à la prorogation des baux

248. Cf., Robert-Martin, Maus et Lafarge, *op. cit.*, n°s 115 et 116.

249. Cf., Civ., 30 novembre 1932 : D.H. 1932.21. — Com., 19 janvier 1948 : D. 1948.J.167. — Trib. civ., Lille, 13 janvier 1949 : Gaz. Pal. 1949.1.175. — Paris, 29 juin 1949 : D. 1949.J.420. — Com., 20 décembre 1949 : D. 1950.J.190, note H.L. ; S. 1950.1.60, note Meurisse. — Paris, 29 avril 1950 et 8 mai 1950 : D. 1950.J.399. — Voir également les références ci-dessus, n° 61, relatives aux conventions d'occupation précaire ; *add.*, Trib. civ., Seine, 18 juillet 1950 : J.C.P. 1950.II.5756. — Com., 22 octobre 1951 : Gaz. Pal. 1951.2.402 ; J.C.P. 1951.II.6648 ; D. 1952.J.37.

250. Cf., R. Béraud, article précité, J.C.P. 1950.I.821, n° 32.

commerciaux. Mais la difficulté se présente également pour le droit au renouvellement et elle fut d'ailleurs soumise à ce sujet à la Cour de Cassation qui, toutefois, ne l'a pas tranchée expressément, car elle a pu casser l'arrêt qui lui était déféré par un autre moyen [251].

D'une manière générale, les Tribunaux et les Cours d'Appel qui ont eu à connaître cette question se sont prononcés pour l'application de l'article 1743. Selon cette jurisprudence, le locataire commerçant ne pourrait opposer à l'acquéreur de l'immeuble le droit au renouvellement — ou à la prorogation — que s'il bénéficie d'un bail authentique ou ayant date certaine [252]. Mais ces décisions sont antérieures à l'arrêt de la Cour de Cassation du 11 juin 1949 qui, en matière de baux d'habitation, a déclaré inapplicable au droit au maintien dans les lieux l'exception tirée de l'article 1743 et de l'absence de date certaine. Elles perdent dès lors de leur valeur, car il n'est nullement impossible de faire pour le droit au renouvellement un raisonnement analogue à celui qu'a suivi la Cour de Cassation pour le droit au maintien dans les lieux [253].

82. Nous avons essayé de montrer, en effet, comment la solution de l'arrêt du 11 juin 1949 supposait : 1° que le droit au maintien dans les lieux était un droit distinct du droit au bail et soumis à un régime propre auquel l'article 1743 était étranger, car il ne concernait que le droit au bail ; 2° que parmi les conditions du droit au maintien dans les lieux, l'existence d'un bail comme titre justificatif de l'occupation n'impliquait pas l'existence d'un bail ayant date certaine et opposable au propriétaire [254].

Certes, il n'y a pas une similitude parfaite entre le droit au renouvellement et le droit au maintien dans les lieux. Ce dernier constitue pour le locataire maintenu dans les lieux son titre de jouissance. Au contraire, le droit au renouvellement n'a d'autre

251. V., Com., 20 janvier 1948 : Gaz. Pal. 1948.1.168 ; S. 1949.1.169, note P. Marin.

252. Paris, 17 avril 1948 : J.C.P. 1948.II.4421, 1re espèce, obs. G. Hubrecht; D. 1948.J.351 ; Gaz. Pal. 1948.2.79 ; Rev. Loyers 1948.406. — Nancy, 19 avril 1948 : J.C.P. 1948.II.4421, 2e espèce, obs. G. Hubrecht, et les obs. de M. Jauffret, Rev. trim. dr. com., 1948, p. 629, n° 11. — Poitiers, 22 décembre 1948 : J.C.P. 1949.II.4785. — Nancy, 4 janvier 1949 : J.C.P. 1949.II.4847, obs. G. Hubrecht.

La doctrine avait en général adopté la même solution, cf., Demontès et Jauffret, *Code de com. annoté*, p. 305, nos 55 et 56. — E. et P. Courbis, *op. cit.*, n° 148. — P. Marin, *op. cit.*, n° 54.

253. V., en faveur de cette solution, Com., 18 avril 1951 : J.C.P. 1951.II.6321 et la note de M. R. Béraud.

254. Cf., *supra*, n° 65.

effet que de donner éventuellement naissance à un nouveau bail ; après l'exercice du renouvellement, c'est le nouveau droit au bail qui constituera le titre de jouissance du locataire commerçant. Mais pour écarter l'application de l'article 1743, il est tout d'abord nécessaire de distinguer le droit au bail et le droit au renouvellement, — comme il était nécessaire de distinguer le droit au bail et le droit au maintien dans les lieux —, car si le droit au renouvellement n'est qu'un élément, qu'un attribut du droit au bail, il faudra en principe le soumettre aux mêmes conditions et aux mêmes déchéances que ce dernier.

Or, la *distinction du droit au bail et du droit au renouvellement* est, semble-t-il, assez facile à admettre si on la restreint à ses justes limites. Il est certain en effet que ces deux droits sont intimement liés en ce sens que le droit au renouvellement suppose nécessairement un bail à renouveler. Et cette liaison est encore renforcée par le fait que ces droits appartiennent au même titulaire et ont en définitive un même but : assurer la jouissance d'un immeuble. Mais, dans une analyse juridique minutieuse, ces droits apparaissent nettement différents. Le droit au bail, en effet, est le droit à la jouissance — ou, pour ne pas prendre parti sur sa nature juridique, le droit de jouissance — d'un immeuble : en revanche, le droit au renouvellement du bail commercial, c'est le droit d'exiger un nouveau bail ou, à défaut, le paiement d'une indemnité. Dès lors, l'on peut soutenir que l'article 1743 qui prévoit l'expulsion du locataire, c'est-à-dire la cessation du droit de jouissance, ne concerne que le droit au bail, mais laisse subsister le droit au renouvellement. Autrement dit, *l'inopposabilité du droit au bail n'entraîne pas nécessairement l'inopposabilité du droit au renouvellement*, car il s'agit de deux droits qui, bien qu'ayant un même but, ont un objet différent et ne doivent pas nécessairement être soumis au même régime juridique.

Mais si le droit au renouvellement ne se confond pas avec le droit au bail, l'existence d'un bail est l'une des conditions d'existence du droit au renouvellement. L'article 1743 ne va-t-il pas alors s'appliquer à ce droit en affectant l'une de ses conditions essentielles d'existence ? C'est la seconde question qu'a résolue la Cour de Cassation en matière de baux d'habitation et que l'on peut transposer ici de la manière suivante : l'existence d'un bail comme condition du droit au renouvellement implique-t-elle l'existence d'un bail ayant date certaine opposable au propriétaire auquel on demande le renouvellement ?

83. A cette question on sait que M. Esmein répond par l'affirmative [255], tandis que la Cour de Cassation s'est prononcée pour la solution contraire en ce qui concerne les baux d'habitation [256]. Les raisons que l'on peut donner pour justifier cette dernière solution, et que nous avons déjà développées [257], gardent ici toute leur valeur. On peut ajouter que la loi de 1926 sur les baux commerciaux déclare simplement que le droit au renouvellement peut être invoqué par le locataire qui justifie d'une certaine durée de jouissance en vertu de baux écrits ou verbaux (art. 1, al. 2) ; elle n'exige nullement que le bail ait date certaine ; bien plus, on pourrait dire qu'en visant le bail verbal elle écarte implicitement l'application de l'article 1743, puisque, selon certains, les conventions verbales ne seraient pas susceptibles d'acquérir date certaine conformément à l'article 1328 du Code civil [258].

Il faut remarquer en outre que l'obligation de justifier d'une certaine durée de jouissance pour bénéficier du droit au renouvellement écarte suffisamment le danger que l'article 1743 a pour objet de prévenir. Ce danger consiste, pour l'acquéreur, à se voir opposer un bail antérieur à sa vente, bail qu'il ne connaissait pas et qui peut être antidaté. Or, en exigeant que le locataire justifie d'une jouissance d'une certaine durée pour bénéficier du renouvellement, on assure une manifestation extérieure de l'existence éventuelle de ce droit au renouvellement, on réalise, en somme, une mesure de publicité qui est de nature à protéger le tiers acquéreur beaucoup plus efficacement que ne pourrait le faire la simple date certaine du bail.

Il est donc logique et raisonnable d'accorder au locataire commerçant le droit au renouvellement de son bail, à la seule condition qu'occupant les lieux en vertu d'un titre locatif, il puisse justifier de la durée de jouissance exigée par la loi.

84. Mais que faut-il décider lorsqu'*au moment de la vente le locataire n'avait pas encore accompli la durée de jouissance exigée ?* Il est certain qu'à ce moment le locataire n'a pas acquis le droit au renouvellement et que l'acquéreur peut demander son expulsion si l'absence de date certaine du bail le permet. Mais si l'acquéreur tarde à demander cette expulsion, le locataire pourra-t-il invoquer la durée de jouissance accomplie après la vente pour

255. Cf., *supra*, n° 66.
256. *Supra*, n° 65.
257. *Supra*, n° 67.
258. V., E. Becqué, obs. au J.C.P. 1948.II.4352, et les références citées, *supra*, n° 68.

compléter le temps qui lui manquait pour bénéficier du renouvellement ?

C'est la situation qui se présentait dans l'affaire qui a donné lieu à l'arrêt de la Cour de Cassation du 20 janvier 1948 [259]. La question se posait conformément à l'article 17 de la loi de 1926 qui, avant d'être modifiée par celle de 1946, exigeait pour les baux verbaux une jouissance consécutive de six ans. Le locataire n'avait accompli avant la vente qu'une jouissance de trois ans, mais après la vente il avait continué à jouir paisiblement pendant trois ans de plus. La Cour d'Appel lui avait refusé le droit au renouvellement pour défaut d'une jouissance consécutive de six ans. La Cour de Cassation a cassé cette décision, mais elle n'a pas expressément affirmé que le locataire pouvait invoquer en tous cas sa jouissance postérieure à la vente ; elle a simplement décidé qu'en ne recherchant pas si l'acquéreur n'avait pas, par son attitude, implicitement accepté de continuer la location, la Cour d'Appel n'avait pas suffisamment motivé son arrêt.

Bien qu'il soit hasardeux de vouloir tirer une règle générale de cette décision, il semble, et à juste titre d'ailleurs, que la Cour de Cassation se retranche derrière le cas d'espèce. Si, dès la conclusion de la vente, ou dès qu'il a eu connaissance du bail, l'acquéreur a manifesté son intention de mettre fin à ce bail et n'a accepté le locataire qu'à titre temporaire et par simple tolérance pour éviter une expulsion judiciaire, il est certain que cette occupation précaire ne saurait profiter au preneur pour compléter la durée de sa jouissance. Si, au contraire, l'acquéreur a, par son attitude, implicitement accepté de continuer la location, il a, par le fait même, renoncé à se prévaloir de l'article 1743 et le locataire peut sans aucun doute invoquer la durée de jouissance qui s'est écoulée depuis la vente.

85. Le droit au renouvellement n'est pas acquis de plein droit. Il doit faire l'objet d'une *demande présentée dans un certain délai.* La loi de 1946 a fait à ce sujet une distinction entre les baux écrits de moins de deux ans et ceux de deux ans et plus. Pour ces derniers, la demande de renouvellement doit être faite « dans le délai maximum de deux ans et minimum de six mois avant l'expiration du bail ou avant l'expiration de la prorogation s'il en existe une » (art. 2, al. 1 nouveau de la loi de 1926). En revanche, les baux de moins de deux ans sont assimilés aux baux

259. Com., 20 janvier 1948 : Gaz. Pal. 1948.1.168 ; S. 1949.1.169, note P. Marin.

verbaux et ne prennent fin qu'après un congé ; la demande de renouvellement doit être faite dans le mois suivant ce congé.

Mais, depuis 1926, le législateur est régulièrement intervenu en faveur des locataires qui n'avaient pas fait leur demande en temps utile et s'étaient trouvés forclos. Il a eu recours pour cela aux délais de grâce et aux sursis d'expulsion [260]. Puis, il a tout simplement relevé les locataires des forclusions encourues [261]. La loi du 18 avril 1946, modifiée par celle du 7 mai 1946 (art. 3 et 3 *bis*), a édicté en cette matière une mesure générale. Celle-ci a été reprise par la loi du 24 mai 1951, article 2, alinéa 2. Les locataires sont relevés de toutes les forclusions, déchéances ou irrécevabilité encourues, à la seule condition qu'ils occupent encore matériellement les lieux [262].

86. Cette analyse rapide des conditions essentielles, auxquelles est soumis le droit au renouvellement, suffit cependant à montrer l'orientation de la législation qui a constamment été modifiée en vue d'assurer une meilleure protection des preneurs. C'est la même tendance qui se manifeste si l'on envisage les conséquences du non renouvellement du bail ; en augmentant les indemnités dues par le bailleur, le législateur a pratiquement renforcé la situation du preneur dont l'expulsion est par le fait même devenue plus onéreuse.

B. — Le refus de renouvellement et sa sanction

87. Le bailleur est toujours libre de refuser le renouvellement du bail. C'est là la caractéristique essentielle de la propriété commerciale, telle que l'a organisée la loi du 30 juin 1926. En somme, l'obligation de renouveler le bail n'est pour le bailleur qu'une obligation facultative, il peut s'en libérer en payant les indemnités fixées par la loi. Ces indemnités, nous l'avons déjà dit, sont au nombre de trois : l'indemnité d'éviction, l'indemnité de plus-value et l'indemnité pour commerce similaire. Nous laisserons de côté l'indemnité de plus-value et l'indemnité pour commerce similaire ; elles s'expliquent et se justifient suffisamment par le principe moral qui interdit de s'enrichir aux dépens

260. Déc. du 22 avril 1927 ; déc.-loi du 25 août 1937.
261. L. 13 juillet 1933 ; L. 2 février 1937 ; L. 31 mars 1938 ; L. 24 juin 1941 modifiant le déc. du 26 septembre 1939, art. 12. — V., Robert-Martin, Maus et Lafarge, *op. cit.*, n° 197.
262. V., Robert-Martin, Maus et Lafarge, *op. cit.*, n° 198 et s.

d'autrui [263] ; elles constituent un juste dédommagement du preneur pour les améliorations qu'il a apportées à l'immeuble ou pour les avantages que l'exercice de son commerce va procurer au commerce similaire du bailleur. La véritable sanction du refus de renouvellement, celle qui donne son caractère propre au nouveau droit du preneur et à la propriété commerciale, c'est l'indemnité d'éviction ; elle apparaît comme une rançon que devra payer le propriétaire s'il ne peut invoquer un cas particulier de reprise.

88. Les hypothèses qui permettent au bailleur de *refuser le renouvellement sans payer d'indemnité d'éviction* ont été limitativement énumérées par le législateur.

Il existe cependant une cause de refus de renouvellement sans indemnité d'éviction qui a un caractère d'ordre général et qui est susceptible de recouvrir des cas d'espèce variés. C'est le *refus de renouvellement pour motifs « graves et légitimes »*. La loi n'a pas précisé davantage la nature de ces motifs ; et la Cour de Cassation a laissé au juge du fait le soin d'apprécier souverainement le caractère « grave et légitime » des motifs invoqués [264]. La jurisprudence s'est d'ailleurs montré assez bienveillante pour le bailleur dans cette appréciation. Elle a admis comme griefs de non-renouvellement, non seulement ceux qui avaient leur source dans l'inexécution des clauses du bail ou dans le mauvais usage des locaux [265], mais encore les faits étrangers à l'exécution du bail qui font du preneur un locataire indésirable en raison de sa conduite ou de son attitude envers le bailleur [266].

La loi de 1926 avait prévu, en outre, trois hypothèses de *reprise sans indemnité d'éviction :* la reprise pour démolir et reconstruire l'immeuble, la reprise pour occuper bourgeoisement sans affectation commerciale, et la reprise en vue d'une affectation commerciale. La loi de 1946 a maintenu ces hypothèses, mais elle a soumis l'exercice de ces reprises à de nouvelles conditions qui en restreignent considérablement la portée.

Tout d'abord, la reprise pour démolir et reconstruire est régle-

263. V., sur ce fondement des indemnités, J. Milhaud, thèse citée, n° 131 et s., p. 153, 194.

264. Req., 7 juillet 1931 : Gaz. Pal. 1931.2.556. — 28 octobre 1935 : Gaz. Pal. 1936.1.704, sous-note *a*.

265. Req., 12 juin 1934 : Sem. jur. 1934.991 ; S. 1934.1.266 ; Gaz. Pal. 1934. 2.396. — Req., 25 mai 1936 : Gaz. Pal. 1936.2.717. — Comp., pour le droit à la prorogation, com., 19 décembre 1950 ; J.C.P. 1951.II.6049.

266. Req., 1er février 1933 : Gaz. Pal. 1933.1.816 ; Sem. jur. 1933.347. — V., Vitu, art. cité, p. 292. — Robert-Martin, Maus et Lafarge, *op. cit.*, n° 356 et s.

mentée par plusieurs dispositions dont le rapprochement fait apparaître l'illogisme de l'ensemble du système [267]. L'article 5 alinéa 1 à 3 de la loi de 1926, dans sa nouvelle rédaction, prévoit, en effet, le cas de l'immeuble menaçant ruine ou en état d'insalubrité reconnue. Il permet au locataire de rester dans les lieux jusqu'au commencement des travaux, alors que, selon le texte ancien, les travaux pouvaient ne commencer que six mois après le départ du locataire. Mais, surtout, la réforme de 1946 a accordé au locataire évincé un droit de priorité pour louer dans l'immeuble reconstruit [268]. La loi de 1946 a en outre maintenu dans la loi de 1926, sous un article 5 *bis*, certaines dispositions de l'ancien article 5. Il y est prévu (art. 5 *bis*, al. 4) le cas de reconstruction sans qu'il soit question de la vétusté ou de l'insalubrité de l'immeuble. La reprise est alors simplement subordonnée à un préavis d'un an et à l'obligation de commencer les travaux dans le délai de six mois après le départ du locataire ; aucun droit de priorité n'est accordé au preneur. Il est certain qu'il y a un défaut d'harmonie entre ces diverses dispositions. Et si elles étaient maintenues ainsi, le bailleur n'aurait aucun intérêt à invoquer la vétusté ou l'insalubrité de l'immeuble, puisqu'elles entraîneraient des conditions de reprise plus rigoureuses.

A la reprise pour occuper sans affectation commerciale, la loi de 1946 a substitué une reprise « pour habiter », expression plus restrictive et qui doit exclure semble-t-il la reprise pour occuper en dehors de toute idée d'habitation [269]. D'autre part, le texte nouveau ne permet la reprise au propriétaire que pour habiter lui-même ou faire habiter son conjoint, ses descendants ou leurs conjoints ; il ne mentionne plus, sans que l'on comprenne bien pourquoi, les ascendants qui bénéficiaient, dans l'ancien texte, du même avantage [270].

Le droit de reprise en vue d'une occupation commerciale est encore maintenu, mais il est soumis à des conditions très strictes qui en font une disposition exceptionnelle qui ne s'applique plus que dans des cas particuliers nettement définis. Selon le texte ancien de la loi de 1926, ce droit de reprise pouvait bénéficier au propriétaire, à son conjoint, à ses descendants et aux

267. V., Robert-Martin, Maus et Lafarge, *op. cit.*, n° 333 et s.

268. Le texte ne prévoit pas les conditions d'exercice de ce droit. Il ne pourrait y avoir là qu'une source de difficultés. La proposition de loi élaborée par la Commission de la Justice de l'Assemblée Nationale remédie à cette lacune. Cf., *infra*, n° 98.

269. Cf., Robert-Martin, Maus et Lafarge, *op. cit.*, n° 307.

270. La Cour de Cassation estime que le juge a le droit de refuser la reprise pour habiter s'il est établi que celle-ci est exercée avec une intention frauduleuse. Com., 16 mai 1950 : D. 1950.J.467 ; Gaz. Pal. 1950.2.167.

conjoints de ceux-ci. La loi de 1946 ne permet plus la reprise qu'en vue d'une « occupation industrielle ou commerciale rigoureusement personnelle ». D'autre part, il ne s'agit plus d'une disposition d'ordre général, mais d'une mesure de faveur pour certains propriétaires (propriétaires sinistrés) ou, au contraire, d'une mesure de déchéance ou de défaveur pour certains locataires (locataires qui n'ont pas exploité leur fonds personnellement pendant quatre années consécutives, sociétés anonymes ou en commandite par action, ou entreprises à succursales multiples) [271].

On ne saurait terminer ce rapide exposé du droit de reprise, destiné à montrer l'évolution de la législation dans un sens toujours plus favorable à une protection plus étendue des droits du preneur, sans indiquer tout de suite que la loi du 18 avril 1946, article 3, alinéa 5, avait suspendu jusqu'au 1er janvier 1948 l'exercice du droit de reprise autre que le droit de reprise pour habiter ou les reprises exercées par l'Etat ou les collectivités publiques. La loi du 3 septembe 1947 a abrogé cette disposition, mais elle a pris une mesure encore plus favorable au locataire, en décidant que tout droit de reprise serait inopposable au locataire bénéficiant de la prorogation.

89. La faveur du législateur moderne pour les preneurs s'est encore manifestée en ce qui concerne la *détermination du montant de l'indemnité dite « d'éviction »*.

Selon le texte ancien de la loi de 1926, cette indemnité devait être fixée en tenant compte de « tous les éléments de perte que le locataire aurait à subir et du gain dont il serait privé en suite de l'éviction ». La loi de 1946 a maintenu cette disposition, mais elle y a ajouté un nouveau texte conçu manifestement dans l'intérêt du preneur puisqu'il fixe une limite minimum au montant de l'indemnité qui devra être « au moins égale à la valeur du fonds » [272]. Il est vrai que le texte apporte à ce principe des exceptions dont l'une, par sa généralité, semble lui enlever toute portée ; il est en effet prévu que l'indemnité pourra être inférieure à la valeur du fonds si le propriétaire de l'immeuble « prouve que le préjudice est moindre ». Pratiquement, la réforme se traduit donc en un renversement de preuve à l'avan-

271. Cf., L. 30 juin 1926, art. 5, al. 5 nouveau. — V., Robert-Martin, Maus et Lafarge, *op. cit.*, n° 312 et s.

272. Cf., L. 30 juin 1926, art. 4, al. 2 et 3. — M. Ripert considère que cette nouvelle disposition est grave ; et il n'hésite pas à dire qu'elle transforme la nature de l'indemnité, qui prend le caractère d'une « indemnité d'expropriation », G. Ripert, *Tr. él. dr. com.*, 2e éd., n° 390.

tage du locataire ; dans l'ancien système, c'était au preneur à prouver le montant du préjudice qu'il subissait ; désormais, il est en droit d'obtenir une indemnité égale à la valeur du fonds sans avoir à établir la preuve d'un préjudice réel équivalent ; si ce préjudice est moindre, c'est au contraire au propriétaire à en fournir la preuve.

Ce nouveau principe sera en outre de nature à renforcer l'opinion qui considère que l'indemnité d'éviction est représentative du fonds et qu'elle est subrogée dans le patrimoine du commerçant à la valeur du fonds, en sorte que les privilèges et nantissements qui grevaient le fonds de commerce se trouvent reportés sur cette indemnité [273].

Cette liaison de l'indemnité d'éviction avec le fonds de commerce se manifeste encore davantage dans l'hypothèse où le propriétaire de l'immeuble est en même temps vendeur du fonds de commerce exploité dans les lieux. En ce cas, la loi du 13 juillet 1933 (art. 8, al. 3 de la loi de 1926) a interdit au propriétaire d'exercer son droit de reprise sans payer l'indemnité d'éviction. Le législateur semble ainsi considérer que la garantie due par ce propriétaire — vendeur du fonds de commerce — l'empêche d'exercer une reprise, même justifiée, de l'immeuble, car cette reprise équivaudrait à une éviction injustifiée du fonds. Mais il paraît également admettre que l'indemnité d'éviction peut remplacer le fonds vendu.

Et cette interprétation se concilie avec la jurisprudence de la Cour de Cassation qui interprète sévèrement la disposition de l'article 8, alinéa 3. Elle décide en effet que l'indemnité est due quel que soit le droit de reprise invoqué, même au cas de reprise pour motifs graves et légitimes [274]. Elle considère en outre que cette obligation passe à l'acquéreur de l'immeuble qui ne peut lui aussi reprendre possession des lieux loués qu'en payant l'indemnité d'éviction [275]. Cette dernière solution qui se heurte encore à

273. Cf., Rouen, 25 juillet 1935 : S. 1937.2.81, note P. Marin ; — P. Marin, *op. cit.*, n° 119. — *Contra*, Robert-Martin, Maus et Lafarge, n° 364.

274. Cf., Civ., 4 avril 1938 : Gaz. Pal. 1938.2.63 (reprise pour habiter). — Civ., 6 mai 1943 : D.A. 1943.J.66 (cas de ruine). — Com., 28 avril 1948 : D. 1948.J.348 ; et 31 mai 1948 : D. 1949.497 ; J.C.P. 1949.II.5123 (motifs graves et légitimes). — V., Jauffret, chron., Rev. trim. dr. com., 1948, p. 633, n° 18. — *Add.*, Civ., 2 août 1950 : Gaz. Pal. 1950.2.278. — Com., 26 novembre 1951 : D. 1952.S.58. — Paris, 4 janvier 1951 : Gaz. Pal., 15 février 1951. — *Contra*, sur renvoi après cassation, Chambéry, 19 mars 1951 : Gaz. Pal. 1951.1.375.

275. Civ., 9 avril 1946.J.242 ; Gaz. Pal. 1946.1.242 ; Rev. trim. dr. civ., 1946, p. 232, obs. Carbonnier ; Rev. trim. dr. com., 1949, p. 65, n° 25.II, obs. Jauffret. — Com., 31 mai 1949 précité. — Nancy, 5 décembre 1949 : D. 1950.J.113 ; Gaz. Pal. 1950.1.47. — Paris, 19 avril 1950 : J.C.P. 1950.II.5627.

l'opposition de certains tribunaux inférieurs [276] dépasse d'ailleurs l'idée de subrogation de l'indemnité d'éviction au fonds de commerce ; comme l'a remarqué M. Carbonnier, elle est difficilement explicable, à moins de considérer que l'aliénation du fonds de commerce, par le propriétaire de l'immeuble où s'exploitait ce fonds, a opéré un démembrement de la propriété immobilière, démembrement opposable aux ayants cause de l'aliénateur [277].

90. Tout cela montre combien le droit au renouvellement du bail commercial, et le droit à l'indemnité d'éviction qui le caractérise, ont une nature assez imprécise. Malgré leur fondement essentiellement indemnitaire qui conduit à les classer dans la catégorie des droits de créance, ils présentent par certains côtés, et notamment par leur opposabilité aux tiers, des caractères qui les rapprochent des droits réels. Dès le lendemain de la loi de 1926, M. Demontès avait particulièrement insisté sur le trouble qui régnait sur la nature exacte du nouveau droit du preneur, et il n'hésitait pas à qualifier ce droit de « droit de créance à caractère réel » [278]. Et quelque temps plus tard, le doyen Morin constatait à son tour : « Nous sommes à la frontière du droit réel et du droit de créance » et il ajoutait : « Que demain le commerçant ait le droit d'obtenir le renouvellement et nous aurons la création de deux droits sur la même chose [279]. »

C'est pratiquement ce qui se passe aujourd'hui avec le système des prorogations obligatoires, en attendant que ce soit aussi juridiquement vrai, demain, avec le système du renouvellement obligatoire.

§ 2

La loi du 18 avril 1946 et les prorogations

91. La loi du 18 avril 1946, après avoir modifié la loi du 30 juin 1926, a prorogé jusqu'au 1er janvier 1948 tous les baux commerciaux échus depuis le 1er septembre 1939 et non encore

276. Trib. civ., Fontainebleau, 12 mars 1947 : Gaz. Pal. 1947.1.230. — Trib. civ., Marseille, 15 avril 1948 : Gaz. Pal. 1948.2.113. — Trib. civ., Périgueux, 29 juillet 1948 : Gaz. Pal. 1948.2.126. — Trib. civ., Saint-Malo, 20 juin 1949 : Gaz. Pal. 1949.2.249. — Dijon, 8 décembre 1950 : Gaz. Pal. 1950.1.47 ; D. 1950.J.113.

277. Cf., Carbonnier, obs. Rev. trim. dr. civ., 1946, p. 232.

278. Demontès, art. préc., Rev. crit., 1928, p. 275 et s., n° 6 et s.

279. Morin, *La révolte du droit contre le Code*, p. 38.

renouvelés, « à la condition que les titulaires de ces baux ou leurs ayants droit soient encore dans les lieux » (loi 1946, art. 2). Cette mesure remplaçait et faisait suite au maintien en possession des lieux dont avaient bénéficié les locataires commerçants depuis la guerre de 1939 en vertu du décret-loi du 26 septembre 1939, article 12.

La loi du 3 septembre 1947 a reculé l'échéance de cette prorogation jusqu'au 1er janvier 1949 et a précisé que les baux venant à échéance avant cette date pourraient en bénéficier. En outre, elle a accordé une prorogation plus longue, jusqu'au 1er janvier 1951, à certains locataires victimes de la guerre ou de ses suites (locataires déportés, spoliés, ou qui n'ont pu exploiter ou faire exploiter à leur profit pendant une durée totale d'au moins un an).

La prorogation ordinaire ou de droit commun a ensuite été étendue, jusqu'au 1er janvier 1950, par la loi du 31 décembre 1948 ; jusqu'au 1er avril 1950, par la loi du 29 décembre 1949 ; jusqu'au 31 décembre 1950, par la loi du 31 mars 1950 ; jusqu'au 30 juin 1951, par la loi du 31 décembre 1950 ; enfin jusqu'au 31 décembre 1952, par la loi du 24 mai 1951. Cette prorogation a donc « rattrapé » et « dépassé » la prorogation spéciale aux victimes de la guerre, qui perd ainsi son intérêt.

Ce renouvellement continu des prorogations est dû au fait que le législateur a renoncé à mettre en application le texte actuel de la loi de 1926, et qu'il n'a pas trouvé encore le temps nécessaire pour achever la discussion de la proposition de loi qui lui a été soumise.

Ce régime est donc provisoire et l'on veut espérer qu'il ne sera pas nécessaire de recourir à une nouvelle prorogation. Mais, pratiquement, il assure, pour l'instant, au locataire commerçant un droit absolu de jouissance sur les lieux loués.

92. Juridiquement, il semble que ce droit à la prorogation des baux commerciaux doive être rapproché de la prorogation des baux d'habitation organisée par les lois du 9 mars 1918 et du 1er avril 1926. On peut faire quant à sa *nature juridique*, ou plus exactement quant à son influence sur la nature juridique du droit du preneur, des remarques identiques à celles que nous avons faites lors de l'étude des baux d'habitation [280]. A savoir que la prorogation n'est que la prolongation temporaire de l'ancien contrat de bail au delà de la durée prévue, et qu'en consé-

280. Cf., *Supra*, n° 60.

quence le droit à la prorogation ne saurait à lui seul apporter une modification à la nature du droit du preneur [281].

Cependant, on peut se demander si ce droit à la prorogation ne serait pas plutôt un droit temporaire de maintien en possession ou de maintien dans les lieux ; il faut remarquer, en effet, que la prorogation est accordée aux baux échus depuis le 1er septembre 1939, et que certains d'entre eux auront déjà été remplacés par le maintien en possession des lieux organisé par le décret-loi du 26 septembre 1939 ; il semble donc illogique de déclarer prorogé, c'est-à-dire prolongé, un contrat de bail qui est peut-être expiré depuis déjà longtemps. C'est ce qu'a pensé la Cour de Paris qui, dans un arrêt du 27 novembre 1950, a estimé « qu'en réalité, sous le vocable prorogation, le législateur n'a édicté que la faveur pour le locataire d'être maintenu dans les lieux, et non une véritable extension du bail dans le temps » ; et la Cour en conclut « que la mesure désignée sous le vocable prorogation, apparaissant bien comme un bénéfice... créé en faveur du locataire, ce dernier est en droit d'y renoncer comme à tout droit, tant qu'un accord n'est pas intervenu entre lui et le propriétaire passant ce maintien sur le plan contractuel » [282].

Cette décision a été longuement critiquée ; on a discuté l'exactitude de son analyse juridique de la prorogation, de même que sa solution relative à la renonciation unilatérale au bénéfice de cette prorogation [283].

Nous ne pensons pas que les deux questions soient nécessairement liées. Sans doute, « la prorogation apparaît comme un titre légal qui prolonge le titre conventionnel de jouissance » [284], et il semble également légitime de dire qu'elle « s'incorpore au bail dans toutes ses conséquences, imposant aux deux parties la

281. La Cour de Cassation a expressément affirmé que la prorogation de la loi de 1926, « a pour effet de continuer le bail au delà de la durée prévue par les parties au même titre que le contrat dont elle est la suite ». Cf., Com., 14 février 1949 : Gaz. Pal. 1949.1.199. — 19 décembre 1950 : J.C.P. 1951.II.6048, obs. J.G.L. — Comp., Trib. civ., Lyon, 26 décembre 1947 : D. 1948.S.16. — Nancy, 10 mai 1948 : D. 1948.J.466. — *Add.*, Trib. civ., Seine, 26 février 1952 : J.C.P. 1952.II.6929, note M. Fréjaville.

282. Cf., Paris, 27 novembre 1950 : Gaz. Pal. 1951.1.42 ; J.C.P. 1951.II.6036, obs. J.G.L.

283. Cf., Archevèque, *Etude jurisprudentielle sur la prorogation des baux commerciaux*, Gaz. Pal., 13 janvier 1951, Doc., § II et IV. — Comp., obs. J.G.L., J.C.P. 1951.II.6036, § 3.

Dans le sens de l'impossibilité de renonciation unilatérale à la prorogation, v., Robert-Martin, Maus et Lafarge, *op. cit.*, n° 401. — Lafarge, Rev. Loyers, 1949, p. 16 *in fine*. — Trib. civ., Lyon, 5 décembre 1947 : Gaz. Pal. 1948.1.52. — Trib. civ., Seine, 8 décembre 1948, Rev. Loyers 1948.354. — Dijon, 27 avril 1949 : Jur. immob., 1950, p. 9. — *Contra*, Rouen, 16 octobre 1947 : Rev. Loyers 1948.386. — Trib. civ., Lille, 17 février 1948 : Gaz. Pal. 1948.1, som. 39.

284. Cf., Robert-Martin, Maus et Lafarge, *op. cit.*, 2e éd., n° 398.

continuation des effets synallagmatiques de l'engagement » [285]. Mais cette analyse de la prorogation ne rend pas nécessairement impossible la renonciation unilatérale du preneur au bénéfice de cette mesure ; il ne suffit pas d'invoquer l'intérêt que peut avoir le bailleur à son maintien, car le législateur, en prolongeant autoritairement la durée du contrat, peut très bien l'avoir fait dans l'intérêt exclusif du preneur ; les avantages, qu'en contrepartie il a accordé au bailleur (en l'espèce, possibilité d'obtenir un loyer supérieur : loi du 3 septembre 1947), n'impliquent pas qu'il ait imposé au preneur l'obligation de maintenir le contrat pendant toute la durée de la prorogation. Ce droit de renonciation ne semble d'ailleurs plus discutable depuis la loi du 31 décembre 1948 qui a permis au locataire d'obtenir le renouvellement malgré la prorogation, c'est-à-dire de renoncer à la prorogation pour obtenir le renouvellement [286].

A la réflexion, on n'aperçoit donc guère d'intérêt pratique à distinguer une prorogation temporaire du contrat de bail, d'un maintien en possession temporaire aux clauses et conditions de ce même contrat. Dans les deux cas, il s'agit d'une application supplémentaire et temporaire de l'ancien contrat de bail ; mais, en aucun cas, rien n'empêche, rationnellement, de permettre au locataire de mettre fin à cette application par volonté unilatérale. Seule, une terminologie logique voudrait que l'on ne parlât de prorogation que pour les contrats qui ne sont pas déjà expirés.

En définitive, cette discussion sur la nature de la prorogation paraît peu utile. D'ailleurs, ce qui importe, pour nous, c'est de voir quelles sont les conséquences de cette prorogation sur la situation du preneur, de montrer comment toutes les restrictions que l'on aurait pu apporter à l'exercice de ce droit ont été écartées, en sorte que le locataire commerçant bénéficie actuellement d'une situation extrêmement forte et supérieure à celle dont profitent les fermiers et les locataires de locaux d'habitation.

93. En effet, *le droit à la prorogation fait obstacle à l'exercice du droit de reprise* par le propriétaire.

La loi du 18 avril 1946, article 3, § 5, avait suspendu d'une manière générale le droit de reprise à l'exception de la reprise

285. Paris, 27 novembre 1950, précité (motifs). Mais la prorogation selon la Cour de Cassation ne peut prolonger que les seules obligations relatives au droit de jouissance du preneur ; voir, pour une promesse de vente jointe au bail, Com., 16 juillet 1951 : D. 1951.J.620 ; Gaz. Pal. 1951.2.239.

286. La Cour de Cassation a d'ailleurs adopté cette solution pour une espèce antérieure à la loi du 31 décembre 1948 : Soc., 6 juillet 1949 : D. 1949. J.498 ; Gaz. Pal. 1949.2.249.

pour habiter. Mais de nombreuses décisions jurisprudentielles avaient cependant décidé que la prorogation empêchait l'exercice de toute reprise, même des reprises pour habiter. On faisait valoir pour cela : d'une part, que le droit de reprise en matière commerciale suppose l'existence d'une demande de renouvellement qui devenait sans objet du fait de la prorogation ; d'autre part, que la loi, en accordant de plein droit au locataire un nouveau titre de jouissance, ne permettait pas expressément au propriétaire d'y faire échec par l'exercice du droit de reprise [287].

La loi du 3 septembre 1947 a confirmé cette jurisprudence. Elle a abrogé la disposition de la loi du 18 avril 1946 ; mais, en revanche, elle stipule expressément qu' « en aucun cas le droit de reprise du propriétaire ne pourra être opposé aux locataires bénéficiant des prorogations » (art. 3, al. 1) [288].

94. D'autre part, *le domaine d'application de la prorogation paraît très large.* On avait essayé de le restreindre en faisant du droit au renouvellement une des conditions de la prorogation. Plusieurs Tribunaux et Cour d'Appel avaient ainsi jugé que le locataire ne pouvait bénéficier de la prorogation que s'il avait par ailleurs vocation au droit au renouvellement [289]. Ces décisions s'appuyaient sur le fait que la loi ne déclarait prorogés que les « baux non encore renouvelés », ce qui laissait supposer qu'ils devaient être renouvelables. Mais, en sens contraire, on faisait valoir que la prorogation était accordée « à la seule condition » que les locataires ou leurs ayants droit fussent encore dans les

287. Cf., Orléans, 3 décembre 1946 : D. 1947.J.105. — Grenoble, 9 décembre 1946 : D. 1947.J.82. — Orléans, 7 janvier 1947 : D. 1947.J.83. — Trib. civ., Seine, 21 février 1947 : Gaz. Pal. 1947.1.211 ; Rev. Loyers 1947.239. — Trib. civ., Seine, 18 mars 1947 : Gaz. Pal. 1947.1.211 ; Rev. Loyers 1947.395. *Contra,* Rennes, 4 juin 1946 : D. 1946.J.409. — Paris, 19 juin 1946 : Gaz. Pal. 1946.2.20 ; D. 1946.J.350 ; J.C.P. 1946.II.3241 ; Rev. Loyers 1946.699. — Caen, 28 novembre 1946 : D. 1947.J.81.

La thèse de la Cour de Cassation est que « la prorogation continue le bail au delà de sa durée, et, comme le bail lui-même, met obstacle pendant toute sa durée à l'exercice du droit de reprise ». Cass. com., 19 décembre 1950 : J.C.P. 1951.II.6048, obs. J.G.L. : D. 1951.J.156 ; cependant, elle avait admis la possibilité de la reprise pour habiter, à titre de « dérogation formelle à la règle, résultant du § 5 de l'article 3 de la loi du 18 avril 1946 » : Cass., 14 février 1949 : Gaz. Pal. 1949.1.199 ; J.C.P. 1949.II.5021.

288. Le droit de reprise continue toutefois à pouvoir être invoqué, et peut être reconnu en justice, mais la décision ne prendra effet qu'au jour de l'expiration de la prorogation. Cf., Bastia, 19 décembre 1949 : D. 1950. J.135.

289. Cf., en dernier lieu, Orléans, 27 octobre 1947 : J.C.P. 1948.II.4165, obs. J.G.L. — Paris, 18 novembre 1947 : Gaz. Pal. 1948.1.60 ; Rev. Loyers 1948.303. — 24 avril 1948 : D. 1948.J.250. — Nancy, 16 juillet 1948 : Gaz. Pal. 1948.2.194. — *Contra,* Aix, 25 juin 1947 : Gaz. Pal. 1947.2.56 ; J.C.P. 1947.II.3861. — Pau, 12 janvier 1948 : J.C.P. 1948.II.4164, obs. J.G.L.

lieux [290]. La loi du 31 décembre 1948 a mis fin à cette controverse ; par une nouvelle disposition favorable au preneur, elle a décidé que « le bénéfice de la prorogation n'était pas subordonné à l'existence du droit au renouvellement » [291].

Le domaine de la prorogation risquerait cependant d'être considérablement restreint si l'on refusait d'en faire bénéficier le locataire qui ne peut opposer au nouveau propriétaire de l'immeuble un bail satisfaisant aux conditions de *l'article 1743* du Code civil. C'est toujours la même question de la conciliation de cet article 1743 avec les nouvelles prérogatives accordées aux preneurs. On a prétendu cependant que cette question ne se présentait pas ici de la même manière qu'en matière de droit au renouvellement [292], et cela en raison du caractère de la prorogation. Celle-ci n'étant que la prolongation de durée de l'ancien contrat, elle doit avoir, dit-on, les mêmes caractères que ce contrat et ne saurait avoir une opposabilité plus étendue.

Nous ne pensons pas que ce raisonnement épuise la discussion et résolve la question. Lorsqu'on dit que la prorogation prolonge la durée du contrat, celui-ci est envisagé en tant que règlement des conditions de jouissance du preneur ou règlement des rapports juridiques entre bailleur et preneur. Mais, dans les rapports entre preneur et tiers acquéreur que nous envisageons ici, la question qui se pose est celle de la valeur du titre de jouissance invoqué ; or, ce titre n'est plus l'ancien contrat, mais le titre légal de prorogation [293]. Dès lors, la valeur de ce titre et son opposabilité dépendent des conditions particulières auxquelles il est soumis par le législateur et non de celles auxquelles était soumis le titre conventionnel de bail. Ainsi, on se trouve ramené

290. Cf., Robert-Martin, Maus et Lafarge, *op. cit.*, 2e éd., n° 411 et s.

291. La Cour de Cassation a été amenée à se prononcer sur la question pour des espèces antérieures à la loi du 31 décembre 1948. Sous l'empire de la loi du 18 avril 1946 et jusqu'à la loi du 21 mars 1948, elle a estimé que le droit à la prorogation ne s'appliquait qu'aux baux susceptibles d'être renouvelés ; cf., Com., 14 décembre 1948 : Gaz. Pal. 1949.1.72, 1er arrêt. — 31 mai 1949 : D. 1949.J.380. Mais pour une espèce soumise à la loi du 21 mars 1948, elle a décidé autrement, au motif que cette loi avait remplacé dans l'art. 2 de la loi de 1946, l'expression « baux non encore renouvelés » par celle de « baux non renouvelés » ; cf., Com., 11 décembre 1950 : J.C.P. 1951.II.6008, obs. J.G.L.

292. V., *Supra*, n° 80.

293. M. le professeur Paul Durand a parfaitement décrit cette nature de la prorogation, par la loi, d'un contrat en cours d'exécution, et c'est notamment à cette situation qu'il a appliqué l'expression de « rapport contractuel d'origine légale ». Rapportant des observations de M. Ripert, il dit de la prorogation : « La loi substitue une situation obligatoire à l'engagement né du contrat. » Cf., Paul Durand, *La contrainte légale dans la formation du rapport contractuel*, Rev. trim. dr. civ., 1944, p. 73 et s., n° 18. — G. Ripert, *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, n° 160, p. 313.

au même problème qu'en matière de renouvellement, ou qu'en matière de droit au maintien dans les lieux pour les baux d'habitation : le législateur impose-t-il comme condition du droit à la prorogation l'existence d'un bail ayant date certaine ? A cette question nous croyons qu'il est possible de répondre par la négative comme le fait la Cour de Cassation pour les baux d'habitation ; les raisons qui permettent de justifier cette solution sont également valables ici [294]. C'est ce qu'avait jugé un arrêt de la Cour d'Aix du 16 juillet 1947 [295] ; c'est ce qu'a décidé également la Cour d'Amiens qui a estimé que la solution donnée par la Cour de Cassation en matière de baux d'habitation pouvait parfaitement être généralisée et appliquée ici [296].

95. Ainsi, on peut dire que le droit à la prorogation constitue un droit largement ouvert et surtout très efficace, puisqu'il est opposable sans restriction au bailleur et aux tiers. Il assure temporairement au locataire commerçant un droit absolu de jouissance.

Mais justement à cause de ce caractère temporaire et provisoire la situation du locataire commerçant, bien qu'extrêmement forte pour le présent, se trouve empreinte pour l'avenir d'une incertitude particulièrement néfaste aux entreprises de longue durée. Aussi, l'on comprend l'insistance avec laquelle certains locataires ont demandé à pouvoir renoncer à la prorogation, afin d'invoquer leur droit au renouvellement qui, bien que ne leur garantissant pas d'une façon certaine le maintien de leur jouissance présente, avait cependant l'avantage de régler leur situation pour une longue durée. Mais ceux qui se contentent du provisoire actuel n'ont peut-être pas intérêt à voir voter tout de suite la proposition de loi nouvelle qui redonnerait vie à certains cas de reprise, bien qu'elle doive consacrer en principe le renouvellement obligatoire du bail.

294. Cf., *supra*, n° 65 et s.
295. Aix, 16 juillet 1947 : Gaz. Pal. 1947.2.155.
296. Amiens, 11 janvier 1950 : Gaz. Pal. 1950.I.258 ; J. Not. 1950.341, note Perraud-Charmentier. — Aj., Montpellier, 23 mai 1951 : J.C.P. 1951.II.6501.

§ 3

La proposition de loi soumise au Parlement et le renouvellement obligatoire

96. La réforme de la propriété commerciale a fait l'objet depuis 1947 de 30 propositions de lois émanant de membres des divers groupes de l'Assemblée Nationale ou du Conseil de la République. La Commission de la Justice et de Législation de la précédente Assemblée Nationale a examiné ces propositions et les a fondues en une proposition de loi unique « portant modification et codification de la législation relative aux rapports entre bailleurs et locataires d'immeubles ou de locaux à usage commercial, industriel ou artisanal », et qui a donné lieu au rapport de M. Chautard [297]. A la suite d'un nouvel examen de la question, la Commission a apporté des modifications à son premier texte, ce qui a fait l'objet d'un rapport supplémentaire de M. Chautard [298].

C'est dans cet état que la proposition est venue en discussion à l'Assemblée Nationale le 14 décembre 1950. Après deux séances, au cours desquelles les articles 1 et 3 de la proposition furent adoptés avec quelques légères modifications et l'article 2 réservé, le débat fut renvoyé *sine die*. Il fut repris à la séance du 6 février 1951, mais ne fut pas terminé [299]. L'Assemblée a finalement mis fin à ses pouvoirs sans conclure ce débat. Mais avant de se séparer, les députés ont voté une nouvelle prorogation jusqu'au 31 décembre 1952, manifestant à nouveau leur volonté de ne pas remettre en vigueur la loi de 1926 sans l'avoir modifiée. Et la Commission de la Justice et de Législation de la nouvelle Assemblée Nationale a demandé et obtenu, le 26 juillet 1951, que soient repris et renvoyés devant elle les rapports de M. Chautard [300].

Il peut paraître vain d'analyser une proposition de loi, même si elle émane d'une Commission de l'Assemblée, en pensant qu'elle représente le droit de demain. On sait combien elle risque d'être modifiée avant d'être adoptée ; et il est possible que se dégage de la nouvelle Assemblée une majorité ayant des vues différentes de celles que traduisaient les rapports de M. Chautard.

297. Cf., Annexe au P.V. de la séance du 22 novembre 1949 : J.O., 1949, Doc. parl., Ass. Nat., n° 8412.
298. Cf., Annexe au P.V. de la séance du 2 février 1950 : J.O., 1950, Doc. parl., Ass. Nat., n° 9127.
299. Voir, J.O., Déb. parl., Ass. Nat., 1950, p. 9058 à 9098. — 1951, p. 760 et s.
300. J.O., Doc. parl., 1951, n° 322.

Déjà, la discussion qui avait commencé le 14 décembre 1950 a montré qu'il subsistait des divergences importantes entre les membres de l'ancienne Assemblée et même entre certains membres de même groupe [301]. Le garde des Sceaux a déclaré de son côté que le Gouvernement avait l'intention de déposer un projet de loi qui soit susceptible de rallier une majorité plus large et d'être accepté par le Conseil de la République. Mais il a ajouté aussitôt qu'il n'était pas question de revenir sur les avantages accordés au locataire, et que le projet gouvernemental aurait au contraire pour objet d'assurer une protection plus efficace de ce locataire [302].

Les discussions les plus vives porteront sûrement sur le principe du renouvellement et sur ses limites, c'est-à-dire le droit de reprise. Il semblait bien cependant que la majorité de l'ancienne Assemblée était d'accord pour accepter le principe du renouvellement obligatoire uniquement tempéré par des cas de reprise bien déterminés. C'est ce principe qu'avait consacré la Commission de la Justice ; et son rapporteur, M. Chautard, avait clairement indiqué qu'il ne pouvait être question de revenir au principe de la reprise inconditionnelle avec indemnité [303].

On se dirige ainsi vers la reconnaissance de ce que les commerçants ont eux-mêmes appelé la « propriété commerciale intégrale ». C'est cette tendance qui est bien dans la ligne de l'évolution législative moderne en matière de baux que nous voudrions faire apparaître de façon plus précise en examinant rapidement les dispositions essentielles de la proposition de loi, où se manifestent les nouveaux avantages du preneur qui ont trait à la durée du bail et à la demande en renouvellement, aux hypothèses de refus de renouvellement, et au droit de cession du bail et de sous-location.

a) La demande en renouvellement

97. La première innovation favorable au locataire apparaît en ce qui concerne la demande en renouvellement. Dans la législation actuelle, cette demande doit être faite dans un délai de rigueur avant la fin du bail ; et l'on sait que le législateur était régulièrement intervenu pour relever de leur forclusion les loca-

301. Voir, notamment, les divergences de vues entre MM. Chautard, rapporteur de la Commission, et Grimaud, président de la Commission, tous deux du groupe du M.R.P.
302. Cf., J.O., *op. cit.*, p. 9066 et 9070.
303. Cf., J.O., *op. cit.*, p. 9062.

taires qui avaient laissé expirer ce délai [304]. La proposition de loi adopte un système qui évite au locataire d'être surpris par l'expiration d'un délai que rien ne venait lui rappeler.

L'article 3, alinéa 1, qui a été adopté par l'Assemblée Nationale dans sa séance du 14 décembre 1950, décide en effet qu' « à défaut de congé, le bail fait pour une durée déterminée se poursuit au delà du terme fixé par le contrat ». Ainsi, tout bail commercial ne pourra prendre fin, à défaut d'accord des parties, que par un congé ; ce congé devra être « donné par acte extrajudiciaire au plus un an et au moins six mois à l'avance, soit pour la date fixée par le contrat pour l'expiration du bail, soit, après cette date, pour un terme d'usage » (art. 3, al. 2). Et jusqu'à l'arrivée de cette date ou de ce terme, le locataire pourra présenter sa demande de renouvellement. Bien entendu, si le bailleur ne donne pas congé, le locataire aura toujours la possibilité de demander le renouvellement « soit dans les six mois qui précèdent son expiration, soit au cours de sa prolongation » (art. 4).

En somme, *le locataire pourra présenter sa demande jusqu'au jour où le bail devra prendre fin.* Il n'aura plus à respecter de délai avant cette fin de bail. Ce délai, qui existe actuellement, a pour but de permettre à la procédure de renouvellement de se dérouler avant la fin du bail, afin qu'à cette date on soit fixé sur le sort du renouvellement. Avec le nouveau système, le bailleur devra supporter les conséquences des délais de procédure. Nouvel avantage pour le locataire qui, à l'expiration de son bail, va bénéficier, même au cas de refus justifié de renouvellement, d'un sursis de départ, sous forme d'un « délai de procédure » [305].

b) Le refus de renouvellement

Les motifs de refus de renouvellement sont d'ailleurs limitativement énumérés. Le projet supprime le refus inconditionnel

304. Cf., *supra*, n° 85.

305. Après la demande de renouvellement qui devra être signifiée par acte extra-judiciaire, le bailleur aura deux mois pour faire connaître les motifs de son refus (art. 4). Le locataire aura ensuite deux mois pour contester ces motifs, et ce n'est qu'après ces deux mois qu'il sera réputé avoir renoncé au renouvellement (art. 5, texte adopté le 6 février 1951 par l'Ass. Nat. après amendement de M. Minjoz).

Les bailleurs songeront sans doute à signifier, en même temps que le congé, leur intention de refuser le renouvellement et les motifs de ce refus. Mais il est douteux que cette signification puisse être jugée suffisante pour faire courir le délai de deux mois accordé au locataire pour contester le refus de renouvellement. Il serait cependant rationnel, — et ce serait un juste milieu entre le système actuel et celui proposé — d'obliger le locataire à contester le refus de renouvellement avant la fin du bail lorsque le propriétaire aura signifié à la fois le congé et ses raisons de s'opposer au renouvellement.

moyennant indemnité ; il ne contient plus que des *cas de reprise bien déterminés avec ou sans compensation.*

98. Il subsiste, tout d'abord, certains cas de *reprise sans indemnité.* Ces cas sont au nombre de quatre :

1° *grief sérieux* (art. 6, 1°) : c'est l'hypothèse actuelle de refus de renouvellement pour motifs graves et légitimes. La proposition de loi indique comme hypothèse de grief sérieux « la non-exécution des obligations mises à la charge du preneur par le contrat, la loi ou l'usage des lieux ». Ce texte avait été adopté par l'Assemblée Nationale le 6 février 1951 ;

2° *non-exploitation du fonds ou de l'entreprise* (art. 6, 2°). Le renouvellement pourra aussi être refusé sans indemnité « si, au cours du bail ou de sa prolongation, et sans motif légitime ou sans accord écrit du bailleur, le fonds ou l'entreprise n'a pas été exploité, soit plus de la moitié du temps durant lequel le locataire ou son ayant cause a disposé du local, soit durant les six mois qui ont précédé le congé ou la demande en renouvellement ». Cette disposition montre bien que le législateur ne veut accorder de protection particulière au locataire commerçant que dans l'intérêt de l'entreprise commerciale ;

3° *démolition pour ruine ou insalubrité* (art. 7). La proposition de loi reprend sur ce point, en les harmonisant, les dispositions de la législation actuelle. Elle accorde au locataire un droit de priorité de location dans l'immeuble reconstruit ; et elle réglemente l'exercice de ce droit, ce que ne fait pas le texte en vigueur de 1946 [306] ;

4° *retour à l'habitation* (art. 8). Cette hypothèse est le fruit de la politique de priorité à l'habitation suivie par le législateur depuis la dernière guerre. Le texte permet au bailleur de « refuser le renouvellement du bail en vue d'affecter à l'habitation les locaux repris, à condition que ces locaux utilisés à usage d'habitation avant le 2 septembre 1939 aient été, en contravention des prescriptions légales, transformés depuis cette date en locaux à usage commercial, industriel ou artisanal, et qu'ils soient en l'état propres à une habitation normale sans nécessiter des travaux de gros œuvre » (art. 8, al. 1).

99. La proposition de loi maintient d'autre part les *reprises pour habiter et pour exploitation commerciale personnelle,* mais elle les subordonne au paiement d'une *indemnité d'éviction.*

306. Cf., *supra,* n° 88.

Au cas de reprise des lieux « pour les habiter lui-même ou les faire habiter par son conjoint, ses ascendants, ses descendants ou ceux de son conjoint », le bailleur sera « tenu de verser au locataire ou à son ayant cause une indemnité égale au loyer payé pendant les cinq dernières années ou, si la durée de la location a été moindre, à cinq fois le loyer annuel moyen » (art. 9).

Quant à la reprise pour exploitation commerciale, elle est permise non seulement en faveur du propriétaire, mais encore de son conjoint, ou ses descendants ou ceux de son conjoint, « à la condition, d'une part, que le bénéficiaire de la reprise ne dispose pas d'un local vacant pouvant être utilisé à cette fin et, d'autre part, qu'il ne s'agisse pas de l'extension d'une entreprise déjà existante ». Cette reprise est en outre interdite si le bailleur est le vendeur médiat ou immédiat du fonds, ou si l'acquisition de l'immeuble à titre onéreux est inférieure à quatre ans (art. 10, al. 1). La reprise sera d'ailleurs subordonnée au paiement d'une indemnité d'éviction identique à celle qui est aujourd'hui imposée au bailleur au cas de reprise sans motif, c'est-à-dire qu'elle devra être au moins égale à la valeur du fonds, à moins que le bailleur ne fasse la preuve que le préjudice subi par le locataire est moindre (art. 10, al. 2 et art. 11, dernier alinéa). Toutefois, dans certaines hypothèses particulières, notamment celles où la reprise commerciale est aujourd'hui permise [307], l'indemnité d'éviction sera calculée comme au cas de reprise pour habiter, c'est-à-dire égale au loyer des cinq dernières années ou à cinq fois le loyer annuel moyen.

100. Le texte proposé prévoit enfin une *reprise moyennant offre d'un local de remplacement.* Cette disposition peut apparaître comme un compromis entre la thèse des partisans d'une reprise strictement limitée et celle des défenseurs de la reprise inconditionnelle moyennant indemnité. Mais la reprise demeurera cependant exceptionnelle, car les conditions auxquelles est soumise l'offre de remplacement sont assez sévères et fort lourdes pour le bailleur. Elle devra permettre au locataire de poursuivre son activité commerciale en lui procurant soit un autre local correspondant à ses besoins et lui permettant de conserver la majeure partie de sa clientèle, soit une autre exploitation de même nature, de même objet, s'adressant à la même clientèle et devant lui assurer des bénéfices analogues. Le bailleur devra

307. Cf., *Supra,* n° 88.

en outre prendre « à sa charge les frais nouveaux de déménagement, d'aménagement et d'installation, l'indemnité du préjudice causé par le changement et le paiement des frais et droits de mutation » (art. 11).

Si l'offre remplit ces conditions, elle sera libératoire et la reprise sera possible. Mais le locataire ne sera pas obligé d'accepter le remplacement. Il pourra toujours, s'il le préfère, se contenter d'une indemnité d'éviction pour tout le préjudice subi, indemnité qui ne pourra être inférieure à la valeur du fonds à moins que le bailleur n'apporte la preuve que le préjudice est moindre (art. 11, al. 5, 6, 7).

101. En définitive, *le refus de renouvellement demeurera très exceptionnel.* On peut dire que le bailleur ne pourra vraiment reprendre les lieux sans indemnité qu'au cas de faute du locataire ; c'est évidemment le cas lorsque le refus de renouvellement est permis pour grief sérieux ; c'est également vrai dans l'hypothèse de reprise pour cause de non-exploitation du fonds ; quant à la reprise pour retour à l'habitation, elle suppose que la location à usage commercial a été faite en contravention avec la législation existante. Il faut mettre à part, il est vrai, le refus de renouvellement pour démolition de l'immeuble menaçant ruine ou insalubre ; c'est alors un cas de force majeure qui s'oppose au renouvellement ; et, d'ailleurs, le locataire ne perd pas ses droits puisqu'ils sont reportés sur l'immeuble reconstruit. Dans toutes les autres hypothèses, où la reprise sera encore possible, le locataire sera cependant assuré de toucher une importante indemnité d'éviction.

En somme, pourvu que le locataire ait régulièrement loué un local commercial et qu'il exécute normalement ses obligations, il conservera sur ce local un droit de jouissance aussi longtemps qu'il continuera son exploitation. Et ce droit illimité de jouissance est encore renforcé par un droit absolu de disposition, puisque le nouveau texte interdit toute clause tendant à supprimer ou à restreindre le droit de céder le bail ou de sous-louer.

c) Droit de cession du bail et de sous-location

102. Selon la législation actuelle, le locataire commerçant a le droit de céder son bail ou de sous-louer ; mais le bail peut lui interdire ou limiter cette faculté (art. 1717 du Code civil). La loi du 30 juin 1926 ne contient pas de dispositions modifiant

ces règles ; elle laisse subsister la validité des clauses prohibant ou limitant la cession ou la sous-location ; elle limite même expressément la faculté de cession du bail renouvelé ; ce bail ne peut être cédé, sauf motif légitime, que par le locataire ayant personnellement exercé le commerce dans l'immeuble pendant trois années consécutives, dont une au moins après le renouvellement (L. 1926, art. 9).

La proposition de loi modifie complètement ces principes. L'article 21 déclare, tout d'abord : « Sont nulles quelle qu'en soit la forme les conventions tendant à interdire au locataire de céder son bail à l'acquéreur de son fonds de commerce ou de son entreprise [308] industrielle ou artisanale, ou de donner ce fonds en location-gérance, ou encore à limiter ces droits. » Et il faut remarquer que le cessionnaire du bail pourra à son tour invoquer le droit au renouvellement, puisque dans tous les textes où il est question de ce droit, le législateur prend bien soin de parler du locataire « ou son ayant cause ».

Quant aux sous-locations, elles sont prévues par les articles 15 et 16. L'article 15 débute ainsi : « Nonobstant toutes clauses contraires, le locataire ou son ayant cause a le droit de sous-louer les lieux, en tout ou en partie, sous réserve d'en respecter la destination telle qu'elle résulte du bail ou de l'accord des parties. » Le bailleur devra être appelé à concourir à l'acte de sous-location, mais s'il refuse ou omet de répondre, il sera passé outre (art. 15, al. 2). S'il est propriétaire du fonds exploité dans les lieux, le sous-locataire pourra demander le renouvellement de son bail ; pendant le cours du bail principal, cette demande devra être adressée au locataire principal et ne pourra recevoir satisfaction que dans la mesure des droits que le locataire principal tiendra lui-même du propriétaire ; à l'expiration du bail principal, le propriétaire ne sera tenu au renouvellement que s'il a directement ou indirectement autorisé ou agréé la sous-location et si, matériellement ou dans la commune intention des parties, les lieux faisant l'objet du bail principal ne forment pas un tout indivisible (art. 16).

*
**

308. Cette partie du texte a aujourd'hui force de loi. Il forme l'article 3 de la loi du 24 mai 1951 (J.O., 2 juin), qui a de nouveau prolongé la prorogation des baux commerciaux. — En faveur de l'application de cette disposition aux baux en cours, v., Angers, 26 juin 1951 : Gaz. Pal. 1951.2.120 ; et les critiques de M. Jauffret, Rev. trim. dr. com. 1951.721. — *Contra*, Douai, 1er novembre 1951 : Gaz. Pal. 1951.2.385.

103. Cette brève analyse de la proposition de loi soumise au Parlement nous permet de voir combien les droits du locataire commerçant seront améliorés, si le texte est adopté dans sa teneur actuelle. M. Chautard déclarait dans son premier rapport [309] « qu'en considérant nulles et non avenues toutes clauses tendant à interdire la cession du droit au bail à l'acquéreur du fonds, le texte nouveau apporte la consécration définitive de la propriété commerciale » ; on pourra ajouter, comme il le fait dans son rapport supplémentaire [310], que « le droit au bail constitue au profit du locataire commerçant un véritable droit sur le local commercial, droit qui vient en concurrence avec celui du propriétaire de l'immeuble ».

309. J.O., 1949, Doc. parl., Ass. Nat., n° 8412.
310. J.O., 1950, Doc. parl., Ass. Nat., n° 9127.

CHAPITRE II

La législation moderne des baux et la théorie du droit personnel

104. L'analyse que nous venons de faire de la législation moderne en matière de baux d'immeubles nous a permis de constater que dans tous les domaines, — baux ruraux, baux d'habitation, baux commerciaux —, l'intervention législative s'était traduite par une amélioration, parfois considérable, de la situation du preneur.

D'une manière générale, on peut dire que cette amélioration s'est faite de deux façons. D'une part, en accroissant et en renforçant les pouvoirs d'utilisation et de jouissance accordés au preneur sur l'immeuble loué. D'autre part, en donnant aux prérogatives du preneur une durée illimitée qui lui assure une vocation à la jouissance perpétuelle des lieux loués.

Emprise plus forte sur l'immeuble, durée illimitée de cette emprise, telles sont les caractéristiques essentielles des transformations que les lois nouvelles sur les baux d'immeubles ont apportées à la situation du preneur ; ce sont aussi les raisons qui ont permis de penser que le preneur avait acquis désormais un droit direct sur le bien loué, une sorte de droit réel. Cette idée que le droit du preneur « est devenu un droit réel », ou tout au moins « s'achemine vers la réalité », est aujourd'hui fort répandue [1]. Faut-il donc admettre que la législation moderne sur les baux a opéré un changement de la nature juridique du droit du preneur ? Ce changement que Troplong avait

1. V., notamment, Savatier chroniques citées, D., 1946. p. 41 ; D., 1948, p. 129 ; *Manuel juridique...*, n° 17 ; *Métamorphoses...*, n°s 180, 181, 191 et s. ; *Le statut des baux ruraux et les droits d'usufruit*, Rép. gén. not., 1949, art. 26746 ; *Le droit au bail et ses prorogations et équivalents dans la communauté*, Rép. gén. not., 1950, art. 26807, n° 3. — Ourliac et de Juglart, obs. au J.C.P. 1950.II.5581 *in fine*. — Voirin, obs. au J.C.P. 1950.II, éd. N.5700 et 5711. — Carbonnier, obs., Rev. trim. dr. civ., 1946, p. 232. — Flatte, *op. cit.*, p. 9. — Desbois, comm., D. 1946.L.109. — Vitu, art. cit., Rev. trim. dr. civ., 1946, p. 278, 281, 282. — Béraud, *Bail écrit et bail verbal*, J.C.P. 1950. I.821 ; obs., J.C.P. 1950.II.5546 ; art. cit., Rép. Commaille 1951.1.57.

cru trouver dans la législation du Code civil, est-il aujourd'hui réalisé ? Les nouveaux avantages reconnus au preneur sont-ils suffisants pour justifier un abandon de la théorie du droit personnel qui, après les controverses du XIXe siècle, avait triomphé en doctrine et en jurisprudence ?

Telle est, estimons-nous, la question essntielle, et l'on peut même dire la question préalable, que pose aujourd'hui le problème de la nature juridique du droit du preneur. Car il ne suffit ni de dire, ni de montrer que le droit du preneur présente aujourd'hui les caractères d'un droit réel. Pour que le problème conserve son unité et sa logique, il faut aussi *rechercher pourquoi la théorie du droit personnel ne serait plus valable.* En affirmant que le preneur obtient désormais un droit réel, sans renier l'ancienne théorie qui ne reconnaissait à ce preneur qu'un simple droit de créance, on admet que la législation moderne a opéré un changement, une transformation de la nature juridique du droit au bail ; pour que cette solution soit rationnelle, il est donc nécessaire de savoir si l'on trouve dans la législation nouvelle des raisons qui justifient un tel changement et de rechercher si les arguments qui avaient fait triompher et qui expliquaient la théorie du droit personnel ont perdu leur valeur.

SECTION I

La législation moderne et l'idée d'un changement de la nature juridique du droit du preneur

105. Il est une question que nous avons jusqu'ici laissée de côté, et qu'il convient d'écarter tout de suite du débat, car elle n'est pas susceptible de fournir une solution, bien qu'elle soit liée à la discussion sur la nature juridique du droit du preneur et que le législateur moderne l'ait résolue, pour tous les baux, dans un sens qui pourrait paraître favorable à la théorie du droit réel et à l'idée d'un changement de la nature juridique du droit du preneur. C'est la question de la *compétence territoriale des juridictions appelées à connaître des contestations en matière de baux d'immeubles.*

La législation du Code civil ne contenait sur cette question aucune disposition particulière. Le Code de procédure civile stipulait seulement que la citation devrait être donnée devant

le juge de la situation de l'objet litigieux pour « les réparations locatives, pour les indemnités prétendues par le fermier ou le locataire pour non-jouissance lorsque le droit ne serait pas contesté, et pour les dérogations alléguées par le propriétaire » (art. 3, C. pr. civ.). Mais pour toutes les autres contestations, la juridiction compétente territorialement devait être déterminée en application des principes généraux de notre droit judiciaire privé. Or, en vertu de ces principes, cette juridiction devait être celle du domicile du défendeur si l'on n'accordait au preneur qu'un simple droit de créance mais, en revanche, si on lui reconnaissait un droit réel sur l'immeuble, on pouvait songer à la juridiction de la situation de l'immeuble [2]. Le choix du tribunal ou du juge compétent dépendait donc de la détermination de la nature juridique du droit du preneur. Et c'est notamment à propos de cette question de compétence que la jurisprudence a été amenée à prendre parti sur la nature du droit du preneur. Et l'on sait [3] qu'après avoir quelque temps admis la théorie de la réalité ou la théorie dite mixte du droit du preneur et accordé en conséquence compétence au tribunal de la situation de l'immeuble [4], la jurisprudence s'est finalement prononcée pour le caractère exclusivement personnel du droit du preneur et pour la compétence exclusive du tribunal du domicile du défendeur [5].

Les lois modernes sur les baux ont toutes prévu des règles particulières de compétence et de procédure pour les litiges auxquels donnerait lieu leur application. Et, dans tous les cas, compétence a été donnée au juge de la situation de l'immeuble.

En matière de baux ruraux, tout d'abord, l'ordonnance du 4 décembre 1944, modifiée et complétée par la loi du 13 avril 1946 et par les lois des 9 avril 1947, 12 janvier 1950, 8 août 1950, a institué des Commissions paritaires de baux ruraux, dénommés par la suite Tribunaux paritaires de baux ruraux [6],

2. Cf., art. 59, C. pr. civ. — Glasson et Tissier, *Traité théorique et pratique d'organisation judicaire de compétence et de procédure civile*, t. II, 3e éd., nos 356 et 359. — Morel, *Traité élémentaire de procédure civile*, 2e éd., 1950, n° 253.

3. Cf., *Supra*, n° 27.

4. Rouen, 30 juillet 1855 : D. 1857.2.33 ; S. 1856.2.565.

5. Civ., 21 février 1865 : D. 1865.1.133 ; S. 1865.1.113. — 17 décembre 1867 : D. 1867.1.486 ; S. 1868.1.26. — Lyon, 1er juillet 1881 : D. 1882.2.232 ; S. 1883.2.212. — Civ., 14 mai 1918 : D. 1918.1.53.

6. Le statut des Tribunaux paritaires de baux ruraux a fait l'objet de nombreuses critiques : V., R. Savatier, *Manuel juridique...*, nos 15, 250 et s. — Ourliac et de Juglart, *op. cit.*, n° 245.

A l'expérience, le fonctionnement de ces Tribunaux s'est avéré défectueux et parfois impossible, aussi le Gouvernement a-t-il déposé lui-même un projet de loi tendant à leur suppression ; cf., J.O., 1950, Doc. parl., Ass. Nat., n° 10999.

Dans une récente chronique, M. le professeur Solus, procédant à une

qui ont « compétence générale et exclusive pour statuer sur toutes les contestations entre bailleurs et preneurs auxquelles peuvent donner lieu les baux de biens ruraux » (art. 25, ord. 4 décembre 1944) ; et la Cour de Cassation a précisé, à plusieurs reprises, que « ce texte donne aux Tribunaux paritaires une compétence exclusive et générale à l'égard de toutes les contestations dont les baux ruraux peuvent être l'objet, la cause ou l'occasion » [7]. Quant à la compétence territoriale qui seule nous intéresse, l'article 5 de l'ordonnance stipule expressément que les litiges sont portés devant le Tribunal paritaire de la situation de l'immeuble.

En matière de baux d'habitation, le règlement des litiges, auxquels pouvait donner lieu l'application des lois nouvelles, a été confié depuis la loi du 31 mars 1922 à un « juge des loyers » qui était, selon l'importance du loyer, le juge de paix ou le président du Tribunal civil de la situation de l'immeuble [8]. La loi du 1er septembre 1948 a consacré le même système. Elle donne compétence au juge de paix lorsque le montant du loyer au jour de la demande est inférieur ou égal à 10.000 fr. par an pour les locaux loués nus, et à 2.000 fr. par mois pour les locations en meublé ; cette compétence du juge des loyers est d'ailleurs plus étendue qu'elle ne l'était dans les lois précédentes ; elle est, aux termes de l'article 46, « générale et exclusive », et elle s'étend non seulement aux contestations relatives à l'application du titre 1er de la loi du 1er septembre 1948 et à la validation de tous congés, mais encore à toutes les contestations relatives au louage d'immeuble, soulevées à l'occasion d'une instance engagée conformément aux règles et aux dispositions de ce titre 1er [9]. Dans tous les cas, le juge compétent est celui de la situation de l'immeuble (art. 47, al. 2, et 48, al. 2).

confrontation des règles régissant l'organisation et la compétence de ces Tribunaux avec les principes fondamentaux du droit judiciaire privé français, a brillamment montré combien le statut des Tribunaux paritaires de baux ruraux était hérétique : Solus, *Le statut hérétique des Tribunaux paritaires de baux ruraux*, D. 1950, chron., p. 153.

7. Cf., Soc., 25 juin 1948 : Rev. Fermages, 1948, p. 393, note O'Mahony. — 21 octobre 1949 : D. 1950.J.59. — 3 février 1950 : D. 1950.J.345, note Savatier. — 2 mars 1950 : Gaz. Pal. 1950.1.288 ; D. 1950.J.397. — V., R. Savatier, *Manuel juridique...*, n° 250 et s. — Ourliac et de Juglart, *op. cit.*, n° 204 et s. — et les chroniques de M. Hébraud, Rev. trim. dr. civ., 1948, p. 503 ; 1949, p. 502, n° 13 ; 1950, p. 94, n° 11, p. 232, n°s 19 et 20, p. 389, n° 6, p. 391, n° 7.

8. Cf., L. 31 mars 1922, art. 18. — L. 29 décembre 1923, oct. 9. — L. 1er avril 1926, art. 15.

9. Pour l'application de ces règles, voir, Grimaud et Givord, *op. cit.*, n° 327 et s ; — les chroniques de M. Hébraud à la rev. trim. dr. civ., 1949, p. 299, n° 11, p. 453, n° 14, p. 561, n° 16 ; 1950, p. 231, 232, n° 17-18.

Enfin, en matière de baux commerciaux, la loi du 30 juin 1926 donne compétence, pour connaître des difficultés relatives au renouvellement du bail, au président du Tribunal civil de la situation de l'immeuble (art. 2, al. 7) ; quant à l'instance en indemnité d'éviction au cas de refus de renouvellement, elle est de la compétence du Tribunal civil de la situation de l'immeuble. Pour les difficultés relatives à la prorogation des baux commerciaux, la loi du 18 avril 1946 et les lois subséquentes ne fixent aucune règle particulière de compétence, c'est pourquoi la jurisprudence décide que le Tribunal civil, juge de droit commun, est seul compétent [10], et que l'on admet territorialement la compétence du Tribunal du domicile du défendeur [11]. Signalons, enfin, que la proposition de loi nouvelle sur les baux commerciaux stipule que toutes les actions qui seront exercées en vertu de son texte seront portées devant le président du Tribunal civil de la situation de l'immeuble [12].

Ainsi, de toutes les lois modernes sur les baux d'immeuble se dégage une règle identique en matière de compétence territoriale. La juridiction à laquelle la loi reconnaît expressément compétence est toujours celle de la *situation de l'immeuble.* N'y a-t-il pas là un argument en faveur de la réalité du droit du preneur ? Ne peut-on pas voir dans cette règle générale la volonté du législateur de transformer la nature juridique du droit du preneur ?

Nous ne le pensons pas, car le lien qui unit la détermination de la compétence territoriale des juridictions en matière de baux à la question de la nature juridique du droit du preneur est un lien à sens unique qui ne permet pas de raisonnement par réciprocité. Ce lien est une conséquence du principe de notre droit judiciaire privé qui veut qu'en l'absence de disposition particulière du législateur la compétence territoriale soit fixée selon la nature réelle et personnelle du droit contesté. Mais le législateur peut parfaitement adopter des règles particulières qui dérogent à ce principe ; et l'on assiste d'ailleurs, actuellement, en législation, à une restriction de la règle *actor sequitur forum rei* pour des litiges portant sur des droits qui

10. Trib. civ., Seine, 13 janvier 1947 : Gaz. Pal. 1947.1.100. — Rouen, 10 octobre 1947 : J.C.P. 1947.II.4007. — Paris, 24 décembre 1947 : J.C.P. 1948. IV, éd. N.148. — Trib. civ., Seine, 26 avril 1948 : Rev. Loyers 1948.567. — 9 mars 1950 : J.C.P. 1950.II.5526, obs. J.G.L. — V., cependant, Com., 27 décembre 1948 : J.C.P. 1949.II.4840, obs. J.G.L. ; Rev. Loyers 1949.275, qui, dans ses motifs, parle de la « compétence du juge des loyers ».

11. Cf., Robert-Martin, Maus et Lafarge, *op. cit.*, n° 453.

12. V., J.O., Doc. parl., 1950, n° 9127, proposition de loi, art. 19, al. 1.

restent incontestablement des droits de créance [13]. En somme, lorsque la loi n'a pas prévu de règle particulière de compétence, le choix entre le Tribunal du domicile du défendeur et celui de la situation du bien dépend de la nature réelle ou personnelle du droit litigieux, mais *lorsque la loi accorde expressément compétence au Tribunal de la situation, il n'en résulte pas nécessairement que le droit envisagé soit un droit réel ou plus exactement un droit réel immobilier* [14].

106. Faut-il voir la preuve d'un changement de la nature juridique du droit du preneur dans les *pouvoirs plus étendus qu'obtient désormais le preneur pour l'aménagement ou l'utilisation de l'immeuble loué ?* Cette emprise plus forte sur le bien loué, qui prend des formes différentes selon la destination économique de l'immeuble, mais qui se manifeste dans toutes les catégories de baux d'immeubles et qui tend à donner au preneur la « maîtrise de la chose », prouve-t-elle que ce preneur, qui n'avait autrefois qu'un simple droit de créance contre le bailleur, possède aujourd'hui un droit sur l'immeuble ?

Nous avons déjà signalé, en analysant ces nouveaux pouvoirs qui ont été accordés aux preneurs, que certains d'entre eux leur étaient déjà reconnus par l'usage des lieux ou la jurisprudence [15] ; le bailleur avait seulement la possibilité de les refuser par une clause du bail. Mais il faut remarquer en outre que tous les pouvoirs de jouissance que la loi accorde aujourd'hui au preneur, celui-ci pouvait déjà les obtenir par une clause expresse de son bail. Rien n'empêchait le preneur d'obtenir du bailleur le droit d'échanger les parcelles ou de les sous-louer, de transformer ou d'organiser comme bon lui semblerait le mode de culture d'une exploitation agricole, d'installer dans un immeuble d'habitation : l'eau, le gaz, l'électricité, le téléphone et même de déplacer les cloisons, de murer une porte ou de percer un mur, de sous-louer librement ou de céder le bail sans restriction, et même de modifier la destination primitive de l'immeuble à usage commercial. En somme, le contrat de bail pouvait accorder au preneur, pour toute la durée du bail, le

13. Cf., Morel, *op. cit.*, n° 258 et s.
14. Il est d'ailleurs toujours possible de présenter la règle particulière comme une application, ou comme une exception, du principe général. C'est ce qu'ont fait, à propos de l'article 3 du Code de procédure civile, les partisans du droit réel du preneur et les défenseurs du droit personnel, qui ont tous vu dans ce texte un argument en leur faveur. Cf. Dugast, *op. cit.*, p. 125-126.
15. Cf., *Supra*, n°s 41, 42, 73.

droit de modifier l'état des lieux et plus généralement un pouvoir d'utilisation et une maîtrise de la chose plus importante encore que ceux qui lui sont aujourd'hui reconnus.

Malgré cela, on n'a jamais prétendu que le preneur eût un droit de nature différente selon l'importance des pouvoirs que lui accordait le contrat de bail. Dans tous les cas, on ne lui reconnaissait qu'un droit de créance contre le bailleur. On voit mal, dans ces conditions, pourquoi les nouveaux pouvoirs du preneur seraient aujourd'hui une source de droit réel, alors qu'ils ne pouvaient l'être hier. Le fait qu'ils soient impérativement attribués par la loi, tandis qu'auparavant ils devaient l'être par le bailleur, n'est pas suffisant pour entraîner le changement de leur nature juridique. Certes, le bailleur était libre autrefois d'accorder ou de ne pas accorder de tels pouvoirs, mais s'il les accordait, ces pouvoirs renforçaient et caractérisaient le droit du preneur de la même façon qu'aujourd'hui. Actuellement, le propriétaire est toujours libre en principe de louer ou de ne pas louer [16], mais s'il décide de louer, il n'est plus libre de refuser au preneur certains pouvoirs ; il y a là une atteinte à la liberté de contracter une nouvelle restriction du principe de la liberté contractuelle ; mais les pouvoirs qu'obtient le preneur par la volonté du législateur, jointe à la volonté de louer du propriétaire, n'ont pas une efficacité ni une nature différente de ceux qu'il pouvait obtenir hier par la volonté du bailleur.

En définitive, nous reconnaissons que *les nouveaux pouvoirs d'utilisation qu'obtient nécessairement le preneur* à bail sont de nature à rendre plus invraisemblable qu'elle ne pouvait l'être la théorie qui refuse de reconnaître au preneur un droit direct sur la chose louée, mais ils *ne sont pas suffisants pour expliquer un changement de la nature juridique du droit au bail.*

107. *La tendance à la perpétuité du droit du preneur,* qui est la seconde caractéristique du droit moderne des baux d'immeuble, ne paraît pas davantage susceptible d'expliquer ce changement.

16. La loi du 15 juin 1949 sur le cumul des exploitations agricoles a cependant restreint cette liberté de ne pas louer, en imposant l'amodiation de certains fonds réunis ou cumulés depuis le 1er septembre 1939. V., les commentaires de MM. P. Esmein, Gaz. Pal. 1949.2, Doc. 10 ; Ourliac et de Juglart, J.C.P. 1949.1.795 ; R. Savatier, Lois nouv., 1949, p. 337-342 ; et la chronique de M. H. Desbois, D. 1949, chron. 191.

Il faut remarquer, en outre, que la liberté de ne pas louer est également restreinte, en pratique, par les risques de réquisition ou de taxation auxquels s'expose aujourd'hui celui qui laisse une maison vacante. Cf., P. Esmein, obs. au J.C.P. 1950.II.5518, col. 3, § III.

Sans doute, le caractère perpétuel d'un droit est peu compatible avec la notion de droit de créance, tandis qu'elle s'accommode avec celle de droit réel. Mais il faut remarquer qu'ici cette perpétuité n'est pas effective ; il s'agit plutôt d'un droit dont la durée est indéterminée, mais qui peut cependant prendre fin à certaines périodes et sous certaines conditions ; et le bailleur peut lui-même mettre fin au bail à la date d'expiration prévue au contrat, s'il observe les conditions d'habitation ou d'exploitation personnelle imposées par la loi. D'ailleurs, la durée d'un droit n'est pas un critérium suffisant de la réalité ; il existe des droits réels temporaires, tels que les droits d'usage, d'habitation ou d'usufruit ; et dans le cas de sûreté réelle, le droit réel de garantie a, en principe, la même durée que le droit de créance ; en revanche, il existe des droits de créance qui ont une certaine durée parce qu'ils donnent droit à des prestations successives ; et dans l'hypothèse de rente viagère ou de rente perpétuelle, cette durée peut être fort longue.

108. Au contraire, il peut paraître logique de trouver un argument favorable à la réalité dans le fait que les nouveaux droits du preneur, qui tendent à assurer la perpétuité de sa jouissance (droit au renouvellement, à la prorogation et au maintien dans les lieux), sont considérés comme opposables au tiers acquéreur et plus généralement à tout ayant cause du bail, à la seule condition que le preneur satisfasse aux règles d'occupation et de jouissance fixées par la loi [17]. Il y a là l'équivalent d'un droit de suite et la manifestation d'un *droit à opposabilité absolue,* ce qui, dans la doctrine classique, a toujours été considéré comme la caractéristique essentielle des droits réels.

Mais cet argument n'est pas suffisant pour expliquer une transformation de la nature personnelle du droit du preneur par les lois modernes. Sous l'empire du Code civil, l'article 1743 aboutissait déjà, le plus souvent, à un résultat identique, et l'on sait que les partisans de la théorie du droit personnel n'y avaient cependant pas vu une raison suffisante pour accepter l'idée d'un droit réel. Le fait que cette opposabilité ne soit plus restreinte aux seuls locataires pouvant invoquer un bail authentique ou ayant date certaine, mais qu'elle profite également aux locataires titulaires de baux verbaux, n'apporte pas un élément nouveau à la discussion. Les partisans du droit personnel pourront toujours répondre que cette règle s'explique par des raisons

17. Cf., *Supra,* n° 65 et s.

« d'utilité pratique » et que « le législateur a voulu donner au preneur une certaine indépendance en le faisant participer à quelques-uns des avantages du droit réel, mais sans avoir l'intention de transformer la nature traditionnelle du droit du preneur » [18].

En somme, on ne voit pas pourquoi cet argument de l'opposabilité au tiers acquéreur, qui a été longuement développé par Troplong et ses disciples et qui n'a pas été susceptible de faire admettre par les défenseurs du droit exclusivement personnel l'idée d'une transformation du droit du preneur, serait aujourd'hui de nature à les convaincre. Et cela d'autant plus que les arguments positifs sur lesquels s'appuyaient cette théorie du droit personnel paraissent bien conserver toute leur valeur.

SECTION II

La législation moderne et les arguments de la théorie du droit personnel

109. La législation moderne laisse subsister les obligations personnelles du bailleur qui constituaient les arguments essentiels de la théorie du droit personnel. Les articles 1709, 1719, 1720, 1727 du Code civil, sur lesquels s'appuyait cette théorie, n'ont pas été modifiés. Le bailleur est toujours tenu de faire jouir le preneur et de le garantir contre les prétentions juridiques des tiers ; en un mot, il est toujours tenu de lui procurer une jouissance utile et paisible.

§ 1

Obligation de faire jouir

110. On sait que l'argument essentiel de la théorie du droit personnel se trouve pour certains auteurs dans l'article 1709 du Code civil qui définit le louage, « un contrat par lequel une partie s'oblige de faire jouir l'autre d'une chose ». On pourra dire sans doute que cette définition n'est plus en harmonie avec la situation qui résulte des lois modernes, car l'on peut penser que

18. Cf., Beudant, Lerebours-Pigeonnière et Brèthe de la Gressaye, *op. cit.*, n° 543.

le bail est de moins en moins un contrat et que l'on est plutôt en présence d'une relation paracontractuelle à caractère légal [19]. Mais le fait essentiel sur lequel insistaient les défenseurs du droit personnel était l'obligation de faire jouir imposée au bailleur. Or, cette obligation subsiste dans la situation actuelle. *Les articles 1719 et 1720* qui en précisent les éléments *continuent à s'appliquer*. En matière de baux ruraux, le législateur a même aggravé les obligations du bailleur ; cependant, la jurisprudence s'efforce, en matière de baux d'habitation notamment, d'en limiter l'étendue.

111. La loi du 13 avril 1946 (article 44 de l'ordonnance du 17 octobre 1945) a ajouté un quatrième paragraphe à l'article 1719 du Code civil [20]. Ce nouveau texte impose au bailleur l'obligation « d'assurer la permanence et la qualité des plantations ». C'est là une obligation qui peut être fort lourde pour le bailleur ; d'autant plus que l'article 44 *bis*, alinéa 2, de l'ordonnance du 17 octobre 1945, prévoit que « le Tribunal paritaire peut, le cas échéant, autoriser le preneur à faire exécuter les travaux incombant de ce fait au propriétaire, aux frais de celui-ci ». Malgré cela, cette disposition nouvelle ne paraît pas avoir donné lieu à des difficultés pratiques. Peut-être les usages locaux ont-ils été plus puissants que les injonctions du législateur ; sans doute, aussi, les Commissions consultatives de baux ruraux ont-elles, comme on l'avait souhaité, usé avec sagesse du pouvoir que leur donnait l'article 44 *bis*, alinéa 1, de déterminer l'étendue et les modalités de cette obligation du bailleur [21].

Toujours en matière de baux ruraux, l'article 41, alinéa 3, de l'ordonnance de 1945 précise que seules sont à la charge du preneur les réparations locatives ou de menu entretien, à la condition qu'elles ne soient « occasionnées ni par la vétusté, ni par le vice de construction ou de la matière, ni par la force majeure ». Il en résulte que toutes les autres réparations sont à la charge du bailleur ; et cette disposition étant impérative, il est désormais interdit au bailleur de faire participer le fermier aux grosses réparations, comme cela avait lieu autrefois en certains cas [22].

19. Cf., R. Savatier, *Métamorphoses...*, n°s 5 et s., 70 et s. ; chron., D., 1946, p. 41, notes, D. 1949.J.41 ; D. 1950.J.566. — G. Ripert, *Du droit contractuel au droit de l'entreprise*, D., 1946, chron., 1.

20. Il était assez illogique d'ailleurs d'incorporer ce texte qui, de toute évidence, ne concerne que les baux de biens ruraux, dans un article du Code civil, qui s'applique à tous les baux.

21. Cf., Ourliac et de Juglart, *op. cit.*, n°s 40 et 251. — R. Savatier, *Manuel juridique...*, n° 72 *bis*.

22. V., Ourliac et de Juglart, *op. cit.*, n° 39.

Enfin, on peut signaler, dans le même esprit, comme aggravant l'obligation de faire jouir imposée au bailleur, la disposition du même article 41, alinéa 1, qui interdit toute clause mettant à la charge du preneur le paiement des primes d'assurances contre l'incendie des bâtiments loués, celui des grosses réparations et de l'impôt foncier.

112. En matière de baux d'habitation, la loi du 1er septembre 1948 laisse subsister les obligations contractuelles du bailleur. « Il suffit de rappeler, écrivent MM. Grimaud et Givord, qu'elles se ramènent toutes à cette obligation essentielle, indiquée par l'article 1719, d'assurer au preneur la jouissance des lieux loués pendant la durée du bail. Au cas de maintien dans les lieux, cette obligation se prolonge après l'expiration du bail [23]. » On pourrait même dire que l'obligation du bailleur se trouve aggravée dans la mesure où les articles 72 et 73 de la loi permettent au preneur de faire effectuer des installations et des travaux d'amélioration, dont le bailleur aurait pu autrefois se dispenser et dont il devra aujourd'hui supporter les frais [24].

Cependant, la jurisprudence paraît vouloir restreindre la portée de ces obligations du bailleur.

Tout d'abord, un arrêt de la Cour de Cassation du 28 mai 1945 a rappelé que « l'obligation pour le bailleur d'entretenir la chose en état de servir à l'usage pour lequel elle a été louée, et d'en faire jouir paisiblement le preneur pendant la durée du bail, n'étant pas de l'essence du contrat de louage, les parties étaient libres de la restreindre [25]. Il semble bien que cette règle aille à l'encontre de la théorie du droit personnel ; on voit mal en effet comment l'obligation de faire jouir imposée au bailleur peut caractériser le droit du preneur, si elle n'est pas de l'essence du contrat de louage. Mais il faut remarquer que la Cour de Cassation n'a pas fait état des lois modernes pour donner sa solution ; celle-ci avait d'ailleurs été affirmée de façon identique par d'autres arrêts, et il y a longtemps que la jurisprudence admet la validité des clauses mettant à la charge du preneur l'obligation d'entretenir et de réparer [26] en sorte que, s'il peut y avoir là un

23. Grimaud et Givord, *op. cit.*, n° 65. — Cf., Trib. civ., Marseille, 29 juillet 1947 : J.C.P. 1947.II.3929, obs. H.G.

24. Cf., *Supra*, n° 74.

25. Civ., 28 mai 1945 : D. 1945.J.331 ; Gaz. Pal. 1945.2.25 ; Rev. Loyers 1947.56 ; Rev. trim. dr. civ., 1947, p. 200, obs. J. Carbonnier, S. 1945.1.111. — Civ., 16 juillet 1951 : D. 1951.J.587 ; J.C.P. 1952.II.6717, note Paul Esmein.

26. Cf., Req., 14 janvier 1895 : D. 1895.1.341. — 19 juillet 1911 : D. 1913. 1.392. — Civ., 1er mars 1922 : Gaz. Pal. 1922.1.735 ; D. 1925.1.128. — V., Ibéro, *op. cit.*, p. 83 et s.

argument contre la théorie du droit personnel, il n'y a pas la preuve d'une transformation de la nature du droit du preneur du fait des lois nouvelles. Tout au contraire, on peut se demander si cette jurisprudence pourra se maintenir avec ces lois. M. Carbonnier a écrit avec raison que le développement logique du principe jurisprudentiel serait mal aisément contenu [27], et il est probable qu'il paraîtra vite en contradiction avec les dispositions législatives modernes qui fixent impérativement le montant du loyer et des charges que doit supporter le preneur ; on voit mal, par exemple, comment ce principe pourrait s'appliquer en matière de baux ruraux, en présence de l'article 41 de l'ordonnance de 1945, qui interdit expressément de mettre à la charge du preneur toute réparation autre que les réparations locatives ou d'entretien, et il semble en être de même avec l'article 38 de la loi du 1er septembre 1948, qui paraît énumérer limitativement [28] les prestations et charges qui peuvent être imposées au locataire.

En revanche, la législation nouvelle a permis d'envisager, sous un autre angle, le problème de l'étendue des obligations du bailleur. En présence des dispositions impératives qui fixent autoritairement le montant des loyers, les propriétaires ont en effet refusé d'effectuer des réparations supérieures au montant des sommes qu'ils recevaient. Ces prétentions étaient, en fait, d'autant plus justifiées que malgré le désir du législateur de fixer des loyers ou des indemnités d'occupation qui assurent « le maintien du logement en état d'habitabilité » (art. 30, al. 2 de la loi de 1948), le coefficient d'augmentation des loyers est encore bien inférieur à celui qui affecte le coût des travaux d'entretien ; et dans les espèces soumises à la justice, le coût des travaux demandés par le locataire représentait 25, 100 et même, en un cas, 375 années du loyer payé. On comprend dans ces conditions que les juridictions jusqu'ici saisies aient en général favorablement accueilli les prétentions des propriétaires [29] ; l'une d'elles l'a fait en invoquant l'idée de force majeure ; les autres, avec plus de raison en faisant appel à la notion de cause. Et c'est également en appliquant la théorie de la cause aux contrats imposés ou, si

27. Cf., Obs. précitées, Rev. trim. dr. civ., 1947, p. 200.

28. Cf., Grimaud et Givord, *op. cit.*, n° 238. — Com. sup. cass., 28 octobre 1937 : J.C.P. 1938.II.526. — Soc., 5 mai 1944 : R.L. 1945.120.

29. Trib. civ., Philippeville, 29 juillet 1948 : Rép. Commaille 1949.2.1761, note Béraud. — Trib. civ., Le Havre, 10 nov. 1949 : D. 1950.J.52 ; Gaz. Pal. 1949.2.403. — Trib. civ., Lille, 2 décembre 1949, et Trib. civ., Seine, 18 mars 1950 : J.C.P. 1950.II.5518, obs. Paul Esmein ; D. 1950.J.186 et 566, note R. Savatier. — Douai, 2 juillet 1951 : D. 1952.J.127, note R. Savatier. — *Contra*, Bordeaux, 29 novembre 1950 : Gaz. Pal., 7 mars 1951.

l'on préfère, aux relations paracontractuelles qui résultent des prorogations de bail ou du maintien dans les lieux, que la doctrine a pu approuver entièrement ces solutions jurisprudentielles [30], tout en déplorant ses conséquences économiques et sociales [31]. Sans doute, une application rigoureuse du principe de l'autonomie de la volonté permet d'exiger du bailleur l'exécution de ses obligations, même si celles-ci sont devenues, du fait de circonstances particulières, considérablement onéreuses et sans rapport avec la contre-prestation stipulée [32] ; mais encore, faut-il qu'il s'agisse de relations contractuelles librement conclues ou maintenues. Dès l'instant où le législateur impose le contrat ou sa continuation à des conditions qu'il fixe autoritairement, le principe de l'autonomie de la volonté ne peut plus être appliqué. « Puisque la volonté d'une partie n'est plus pour rien dans son obligation, écrit M. R. Savatier, la cause de cette obligation devient nécessairement indépendante de sa volonté. Elle doit désormais s'apprécier objectivement, matériellement, d'après l'équivalence réelle de la prestation exigée d'elle et de la prestation synallagmatique prévue légalement en retour. C'est ce que la doctrine avait déjà noté autrefois pour les quasi-contrats [33]. » Et M. Esmein conclut pareillement : « Le contrat étant imposé, la cause n'est plus un élément psychologique dans la mesure indiquée plus haut. On ne peut plus dire qu'une prestation, qui est loin d'être équivalente à la prestation réciproque, est suffisante parce que le contractant l'a acceptée telle. Une équivalence exact evra exister dans le présent comme dans l'avenir [34]. »

30. V., Notes précitées de MM. Paul Esmein et R. Savatier. — Voir, cependant, Grimaud et Givord, *op. cit.*, n° 219, qui, dans leur ouvrage antérieur à la publication des présentes décisions, paraissaient écarter la légitimité des solutions qui ont été données du fait que l'article 18 du décret du 22 novembre 1948 pris en application de la loi du 1er septembre 1948, stipule qu' « en aucun cas, l'application des correctifs déterminés au présent décret ne peut être invoqué à l'encontre des obligations découlant pour le bailleur de dispositions de caractère législatif ou réglementaire ». Mais ces auteurs reconnaissent que le sens de ce texte est assez obscur ; et il ne paraît pas en outre que ce texte, simple décret, puisse faire échec à une application logique des principes les plus certains de notre droit.

31. Cf., R. Savatier, *loc. cit., in fine.*

C'est justement en insistant sur ces considérations que la Cour de Bordeaux, première Cour d'Appel qui semble avoir eu à statuer sur cette question, a refusé de limiter l'obligation d'entretien du bailleur.

32. Récemment encore, la Cour de Cassation a rappelé que les événements qui rendent plus difficile et plus onéreuse pour le débiteur l'exécution de ses obligations ne constitue pas un cas de force majeure dispensant de l'exécution, voir com., 18 janv. 1950 : D. 1950.J.227. — 18 octobre 1950 : D. 1950. S.10.

33. Cf., R. Savatier, *loc. cit.*, col. 3. — V., Maury, *Essai sur le rôle de la notion d'équivalence*, thèse, Toulouse, 1920, t. II, p. 329 et s. — Louis-Lucas, *Volonté et cause*, thèse, Dijon, 1918, p. 181 et s.

34. Paul Esmein, obs. précitées, col. 2, § III.

Il était intéressant de souligner cette jurisprudence dont on mesure à la fois l'importance et les conséquences pratiques. Mais du point de vue de la question qui nous occupe, elle ne suffit pas à justifier l'abandon de la théorie du droit personnel, car, bien que limité dans son étendue, le principe de l'obligation d'entretien subsiste ; et, surtout, on ne voit pas pourquoi cette jurisprudence expliquerait un changement de la nature du droit du preneur, alors que la théorie du droit personnel s'est maintenue malgré cette autre jurisprudence que nous avons rappelée plus haut, et qui permettait déjà au bailleur de limiter par le contrat de bail son obligation d'entretien, voire de s'en exonérer.

§ 2

Obligation de garantie

113. C'est à une conclusion identique que l'on aboutit si l'on considère l'article 1727 du Code civil qui, aux yeux de certains auteurs, constitue l'argument décisif en faveur de la théorie du droit personnel [35]. Cet article impose au bailleur l'obligation de garantir le preneur contre les troubles de droit. Or, cette obligation subsiste et ne subit du fait des lois nouvelles aucune restriction.

Cependant, on a pu relever une certaine tendance de la jurisprudence récente de la Cour de Cassation à vouloir atténuer l'obligation de garantie du bailleur au cas de trouble de fait provenant d'un colocataire. Deux opinions sur ce point ont été défendues [36] : l'une estimant que le colocataire est un tiers au sens de l'article 1725 du Code civil, en sorte que le bailleur ne serait pas garant de ses troubles de fait ; l'autre, posant en principe que le locataire étant lié par contrat avec le bailleur, il ne peut jamais être considéré comme un tiers. Et il semblait bien que la Cour de Cassation se fût finalement rangée à cette deuxième opinion [37]. Mais, dans ses derniers arrêts, la Cour suprême paraît adopter une solution plus nuancée ; elle n'affirme plus d'une manière générale et inconditionnelle, comme elle le faisait encore

35. Cf., Aubry et Rau, t. V, 6e éd., par Paul Esmein, § 366, p. 206, note 7.
36. Cf., Ibéro, *op. cit.*, p. 168 et s.
37. Cf., Req., 16 novembre 1881 : D. 1882.1.121, rapport du conseiller Petit; S. 1882.1.225. — Civ., 21 mai 1930 : Gaz. Pal. 1930.2.180 ; S. 1930.1.285. — Civ., 20 juillet 1932 : D.H. 1932.507 ; Gaz. Pal. 1932.2.573 ; S. 1932.1.382. — Soc., 25 octobre 1946 : Gaz. Pal. 1946.2.259 ; J.C.P. 1947.II.3400, obs. Paul Esmein ; D. 1947.J.83 ; Rev. trim. dr. civ., 1947, p. 67, obs. de M. Carbonnier.

en 1946, que le locataire qui trouble par une voie de fait la jouissance d'un autre locataire n'est pas un tiers au sens de l'article 1725 ; pour retenir la responsabilité du bailleur, elle s'efforce de montrer maintenant que le locataire, auteur du trouble, n'avait fait qu'exercer les droits qu'il tenait de son contrat, même s'il en a abusé [38].

Ces solutions ne sont peut-être pas encore très explicites [39], mais elles inclinent vers la thèse qu'a défendue M. Esmein en montrant que la jurisprudence ancienne ne pouvait « s'expliquer que par l'idée que le bailleur a le gouvernement de ses locataires et autorité sur eux pour tout ce qu'ils font dans l'immeuble » [40] ; or, il est certain que cette idée n'est guère en accord avec les mœurs, et surtout avec la législation moderne qui ne laisse plus au bailleur le choix absolu de son locataire ni la possibilité de s'en séparer librement. Aussi, M. Esmein soutient-il que « le bailleur ne devrait être responsable des troubles de fait causés par un locataire à un autre locataire que lorsqu'il a autorisé le mode d'occupation ou les agissements causant le trouble, ou lorsque s'agissant d'agissements qu'il n'a pas autorisés mais auxquels il peut s'opposer » ou qu'il peut faire cesser, au besoin, par une action en résiliation du bail ou en expulsion, « il a négligé d'intervenir malgré la demande du locataire victime du trouble » [41].

Mais cette solution éminemment souhaitable serait parfaitement soutenable malgré l'absence des lois modernes. Il suffirait de la présenter comme une application de l'article 1725 tempérée par la responsabilité du bailleur pour fait personnel. D'une part, en effet, il est parfaitement logique et conforme au sens de l'article 1725 de considérer le colocataire comme un tiers lorsqu'il ne peut invoquer son bail pour justifier son action. Mais, d'autre part, si le bailleur n'est pas garant des voies de fait apportées par un tiers à la jouissance du preneur, il doit en être autrement lorsqu'il est possible de reprocher au bailleur une négligence, une faute, ayant permis ou facilité l'action du tiers [42].

38. Soc., 15 mars 1948 : D. 1948.J.241 ; Rev. trim. dr. civ., 1948, p. 351, obs. de M. Carbonnier. — 10 juin 1949 : J.C.P. 1949.II.5203, obs. de M. Paul Esmein ; D. 1949.S.31 ; Rev. trim. dr. civ., 1950, p. 72, obs. de M. Carbonnier. — Voir, cependant, Civ., 24 juin 1948 ; D. 1948.S.37.

39. Cf., Carbonnier, Rev. trim. dr. civ., 1950, p. 72.

40. Paul Esmein, obs. ou J.C.P. 1947.II.3400 ; et sur Aubry et Rau, t. V, 6e éd., § 366, note 37.

41. *Loc. cit.*

42. C'est la solution admise au cas de vol commis au préjudice du locataire dans les lieux loués. La jurisprudence admet la responsabilité du propriétaire si le vol se rattache par un lien direct de causalité à une faute de ce propriétaire ou de ses préposés. Cf., Civ., 8 avril 1941 : D.A. 1941.J.225 ;

De toute façon, lorsqu'il y a trouble de droit lorsque le tiers prétend exercer un droit sur l'immeuble, le bailleur est tenu d'intervenir et le preneur, cité en justice, peut exiger d'être mis hors de cause. L'article 1727 conserve sa valeur.

***

114. En définitive, la théorie du droit personnel du preneur ne paraît pas susceptible de pouvoir être abandonnée du seul fait des modifications apportées à la législation des baux par les lois modernes. Les nouveaux avantages accordés au preneur ne permettent pas d'expliquer et de justifier un changement de la nature de son droit, et nous venons de voir que la théorie du droit personnel pouvait encore invoquer en sa faveur tous les arguments d'ordre positif qui avaient fait son triomphe [43].

Malgré cela, on est bien obligé de reconnaître que cette théorie choque de plus en plus le sentiment commun. L'étude de la législation moderne nous a montré que dans tous les domaines le preneur exerçait une emprise de plus en plus forte sur le bien loué ; nous avons pu constater à chaque instant combien son droit frappait toujours plus directement la chose. On conçoit mal, dans ces conditions, que le preneur n'ait aucun droit direct sur le bien loué et ne soit titulaire que d'un simple droit de créance contre le bailleur, alors qu'il exerce sur ce bien des pouvoirs d'utilisation et de jouissance, et cela dans une indépendance de plus en plus grande à l'égard du bailleur.

J.C.P. 1942.II.1933 ; D.C. 1945.J.13, note A. Tunc ; Rev. trim. dr. civ., 1942, p. 71, obs. de M. Carbonnier. — 24 mai 1948 : Gaz. Pal. 1948.2.60 ; D. 1948. J.375 ; Rev. trim. dr. civ. 1948.483, obs. de M. Carbonnier. — Civ., 7 août 1951 : D. 1951.682. — Paris, 18 novembre 1949 : D. 1950.J.43, note H. Lalou. — Trib. civ., Seine, 8 février 1950 : D. 1950.S.42 ; Gaz. Pal. 23 juin 1950. — Voir, Mégret, *Le contrat de gardiennage d'immeubles de rapport*, thèse, Paris, 1943. — J. Rousseau, J.C.P. 1946.I.496.

43. Il faut d'ailleurs remarquer, sans accorder à cette observation une valeur déterminante du point de vue rationnel, que, sur le plan pratique, l'idée d'un changement de la nature du droit du preneur par le fait des lois modernes, entraînera une extrême complication des solutions. Ces lois n'ont pas en effet un domaine d'application absolument général. (Voir, sur cette délicate question : pour les baux ruraux, R. Savatier, *Manuel juridique...*, n° 18 et s. ; Ourliac et de Juglart, *op. cit.*, n° 10 et s. ; — pour les baux d'habitation, Grimaud et Givord, *op. cit.*, n° 32 et s. ; — pour les baux commerciaux, Robert-Martin, Maus et Lafarge, *op. cit.*, n° 97 et s.). Il y a des baux d'immeuble qui sont encore soumis aux règles du Code civil, et d'autres qui échappent à certaines dispositions essentielles de la législation nouvelle. Si l'on considère que la nature du droit du preneur a été modifiée par cette législation, on se trouvera en présence de solutions différentes selon que le bail envisagé sera ou non soumis aux lois modernes. Et la complication qui en résultera sera d'autant plus grave que ces lois s'appliquent parfois partiellement ; il faudra déterminer dans chaque cas si les dispositions applicables sont, ou ne sont pas, de nature à entraîner le caractère réel du droit du preneur.

On est donc en droit de se demander s'il n'est pas nécessaire de procéder à un nouvel examen de la théorie du droit personnel, d'en vérifier à nouveau l'exactitude et la valeur, non pas seulement dans le cadre de la législation nouvelle, mais dans l'ensemble des questions soulevées par le contrat de louage et par la distinction des droits réels et des droits de créance. On est légitimement conduit à reprendre l'analyse du contrat de louage et des rapports juridiques auxquels il donne naissance, afin de voir si les arguments sur lesquels s'appuie la théorie classique du droit du preneur sont suffisamment puissants et convaincants pour résister à l'opinion défavorable qui entoure aujourd'hui cette théorie, et inversement, afin de rechercher si ce contrat donne vraiment naissance à des rapports juridiques qui soient incompatibles avec le caractère réel du droit du preneur.

On trouvera peut-être ambitieux, voire inopportun, de vouloir ainsi rouvrir une discussion dans laquelle des auteurs des plus illustres ont pris position et que l'on considérait en général comme close. Nous avouons éprouver quelques craintes devant une telle entreprise. Et nous ne l'aurions sans doute pas tenté, si les lois nouvelles sur les baux n'avaient suscité en faveur du caractère réel du droit du preneur un courant extrêmement fort, à la tête duquel se trouvent des autorités incontestées, et si nous ne nous sentions également encouragées par tous les auteurs éminents qui, de plus en plus nombreux, ont émis des doutes sur la valeur de la théorie classique [44].

Puisse notre tentative ne pas apparaître trop téméraire !

44. C., *Supra*, n° 29.

TITRE II

LE CONTRAT DE BAIL ET LES RAPPORTS JURIDIQUES QUI EN DECOULENT

115. La première question qui se pose est de savoir comment on peut procéder à cette vérification de la théorie classique du droit du preneur. Comment reprendre la discussion de la nature juridique du droit du preneur pour qu'elle ne soit pas une simple répétition du « déjà dit » ?

La *méthode* de raisonnement à laquelle on pense, tout d'abord, pour déterminer la nature réelle ou personnelle d'un droit, est celle qui consiste à prendre en considération les éléments caractéristiques du droit réel et du droit de créance et à rechercher quels sont ceux d'entre eux qui se retrouvent dans le droit envisagé. C'est l'application de la méthode déductive qui part des lois fondamentales, des principes généraux, pour en déterminer les applications particulières.

C'est cette méthode qui a été principalement, sinon exclusivement, utilisée par les auteurs du XIX^e^ siècle lors de la discussion sur la nature juridique du droit du preneur. Les partisans du droit réel se sont efforcés de montrer que le preneur bénéficiait d'un droit de suite (article 1743 du Code civil) et d'un droit de préférence (article 684 du Code proc. civ.), éléments caractéristiques de tout droit réel selon la doctrine classique. En revanche, les défenseurs du droit exclusivement personnel se sont attachés à prouver que le preneur n'atteignait juridiquement la chose que par l'intermédiaire du bailleur, en sorte qu'il n'avait pas de droit direct sur cette chose qui n'était que l'objet de la prestation du bailleur.

Mais une telle méthode suppose connus de façon précise et certaine les critériums distinctifs du droit réel et du droit de créance. Comme dans tout raisonnement déductif, la valeur du résultat obtenu est fonction de celle des prémisses utilisées ; on

ne peut arriver à une solution parfaite que si les prémisses d'où l'on part ont une valeur indiscutable. Or, le moins que l'on puisse dire est que les notions de droit réel et de droit de créance sont encore discutées et que l'accord sur leurs critériums est loin d'être parfait [1]. Se servir de ce procédé de raisonnement pour déterminer la nature juridique du droit du preneur implique donc que l'on prenne, au préalable, position sur les éléments caractéristiques du droit réel et du droit de créance.

116. Mais l'on peut songer à utiliser un autre procédé de recherche qui s'apparente à la méthode inductive, utilisée sous sa forme comparative [2], et qui consiste à mettre en parallèle plusieurs systèmes ou institutions juridiques pour en déterminer les éléments communs ou distinctifs.

En l'occurence, cette méthode semble devoir être d'autant plus fructueuse que le droit du preneur est économiquement identique à certains autres droits qui sont indiscutablement considérés comme des droits réels. En effet, envisagé sous un angle purement économique, le contrat de bail a pour but et pour effet de procurer au preneur l'utilisation et la jouissance d'une chose. Mais il existe d'autres contrats qui tendent vers le même but, qui procurent au preneur l'utilisation et la jouissance d'une chose. Ce sont notamment les contrats de vente ou les contrats constitutifs d'un droit d'usufruit, d'usage ou d'habitation. L'acquéreur, l'usufruitier, l'usager obtiennent la jouissance ou l'utilisation de la chose et il est unanimement admis qu'ils sont titulaires d'un droit réel. Il semble donc qu'une comparaison entre le contrat de bail, d'une part, le contrat de vente et de constitution d'usufruit, d'autre part, et entre les rapports juridiques auxquels ces contrats donnent naissance, puisse fournir les éléments d'une solution, car il suffira de relever les caractères communs ou les différences qui existent entre les droits qui en découlent pour conclure ensuite à l'identité ou à la différence de leur nature juridique.

Il ne faut pas cependant exagérer la valeur de cette méthode. La solution à laquelle elle permettrait d'aboutir n'aurait de valeur absolue que si l'on découvrait une identité parfaite entre les droits ou les rapports juridiques comparés. Mais, par hypothèse, il n'en est pas ainsi, puisqu'il s'agit de droits qui, bien que présentant des caractères communs, sont cependant différents. Com-

1. V., Bonnecase, *Supplément au Traité théorique et pratique de droit civil de Baudry-Lacantinerie*, t. V, 1930. — Maxime Chauveau, article précité, Rev. crit., 1931, p. 537 et s.
2. Cf., Del Vecchio, *Leçons de philosophie du droit*, trad. franç., 1936, p. 18.

ment alors savoir si ces différences sont suffisantes pour justifier une différence de nature juridique ; à cela la méthode comparative n'est pas à elle seule susceptible de fournir une réponse certaine [3].

En revanche, cette méthode paraît constituer un moyen utile de vérification des résultats obtenus par une autre méthode. Elle permettra en effet de voir si les raisons, qui ont permis à la théorie classique de considérer le droit du preneur comme un droit de créance, correspondent à des différences essentielles entre la situation du preneur et celle de l'acquéreur, de l'usufruitier ou de l'usager qui obtiennent un droit réel. Le preneur, disent les auteurs classiques, n'atteint la chose que par l'intermédiaire du bailleur ; il en est autrement de l'acquéreur, de l'usufruitier ou de l'usager qui ont un droit direct sur la chose. A quoi correspondent ces différences ? pourquoi peut-on dire que le preneur n'atteint pas directement la chose ? quelles sont les particularités juridiques que présente la situation du preneur et que l'on ne retrouve pas dans celle de l'acquéreur, de l'usufruitier ou de l'usager, qui justifient ces solutions ? La comparaison des droits du preneur avec ceux qu'obtiennent l'acquéreur, l'usufruitier ou l'usager nous permettra de répondre à ces questions et nous fournira les éléments d'une vérification de la théorie classique sur la nature juridique du droit du preneur.

117. On peut distinguer dans un droit : son acquisition, c'est-à-dire les procédés juridiques par lesquels le droit est acquis ou créé, son exercice qui fait apparaître les pouvoirs qu'obtient le titulaire du droit, et sa garantie, c'est-à-dire l'ensemble des moyens juridiques qui assurent au droit son efficacité et permettent à son titulaire de le protéger contre les atteintes des tiers.

Pour analyser l'acquisition et l'exercice des droits du preneur, nous devrons préciser les rapports que crée le contrat de louage entre bailleur et preneur (chapitre I[er]). La garantie du droit pose principalement la question de l'opposabilité aux tiers, donc des rapports du preneur avec les tiers (chapitre II).

3. On ne pourrait arriver à une solution parfaite que si, la comparaison étant possible avec plusieurs droits, chaque différence relevée entre le droit envisagé et l'un des droits de comparaison pouvait être écartée, parce qu'elle ne se retrouverait pas lors de la comparaison sur le même point avec un autre droit.

CHAPITRE I

Les rapports entre le preneur et le bailleur

Est-ce pour l'acquisition ou pour l'exercice de son droit que le preneur est obligé de passer par l'intermédiaire juridique du bailleur ? L'acquéreur ou l'usufruitier sont-ils, à ces points de vue, dans une situation différente à l'égard du vendeur ou du nu-propriétaire ?

SECTION I

L'acquisition du droit

L'acquéreur obtient par le contrat de vente un droit de propriété ; la constitution d'usufruit donne à l'usufruitier un droit de jouissance. Pourquoi dit-on que le preneur n'obtient qu'un droit à la jouissance et non un droit de jouissance ?

§ 1

Le transfert de propriété dans la vente

118. Pour expliquer le mécanisme du transfert de la propriété par la vente, on a l'habitude d'en retracer l'histoire et de rappeler comment la question se présentait *à Rome.*

Dans le droit romain de l'époque classique, la vente est un contrat consensuel, générateur d'obligations à la charge des deux parties [1]. Le vendeur notamment est tenu de livrer la chose vendue. Mais cette obligation de délivrance n'implique pas nécessairement l'obligation pour le vendeur de rendre l'acheteur propriétaire de la chose livrée ; le vendeur s'engage seulement à transférer son pouvoir de fait sur la chose et à remettre à l'acheteur

1. V., Monnier, *op. cit.*, t. II, n° 112.

la libre possession de cette chose. Les textes ne disent pas que le preneur fût tenu de *dare,* mais seulement de *tradere vacuam possessionem* [2].

Les historiens ne sont pas tous d'accord sur la valeur de cette analyse [3] et il est certain qu'il ne faut pas en exagérer la portée. Car, si la vente n'oblige pas directement le vendeur à transférer la propriété, elle lui impose cependant de se dessaisir de tous ses droits sur la chose ; en sorte que si le transfert de propriété n'est pas la conséquence nécessaire du contrat de vente, il en est toutefois la conséquence normale et naturelle [4].

Mais la particularité essentielle et certaine du droit romain est que le contrat de vente n'opère jamais par lui-même transfert de propriété. Le transfert a toujours nécessité l'utilisation d'un des procédés juridiques organisés à cet effet par le droit romain : *mancipatio, in jure cessio* et *traditio.*

119. A lire l'article 1582 du *Code civil* qui définit la vente, une convention par laquelle l'un s'oblige à livrer une chose et l'autre à la payer, il semblerait que la situation fût encore celle du droit romain et que le vendeur n'eût pas l'obligation de transférer la propriété. Pourtant, tout le monde admet que cette obligation est sous-entendue [5], comme le prouvent les articles 1138 et 1583, d'où il résulte que l'obligation de livrer est parfaite par le seul consentement des parties et rend le créancier propriétaire dès la conclusion du contrat.

Notre droit actuel connaît donc des solutions diamétralement opposées à celles du droit romain. D'une part, le contrat de vente impose nécessairement au vendeur l'obligation de transférer la propriété ; d'autre part, ce transfert s'opère par le seul échange des consentements, il est la conséquence automatique du contrat.

La seule difficulté qui se présente est de déterminer à quel moment s'opère ce transfert de propriété. Il peut être retardé par la volonté des parties ; il l'est aussi lorsque le transfert immédiat est rendu impossible par suite du défaut d'individualisation de la chose [6]. Mais, en principe, lorsque la vente porte sur une chose

2. Cf., Girard, *op. cit.*, p. 583. — Monnier, *op. cit.*, n° 114.
3. V., notamment, Ricca-Barberis, *L'evizione obbligo limite del venditore romano,* in Studi Bonfante, t. II, p. 129 et s.
4. Cf., Girard, *loc. cit.* — Digeste, 18, 1, fr. 25, § 25 ; 19, 1, fr. 11, § 2, et fr. 30, § 1.
5. Cf., Aubry et Rau, t. V, 6e éd., par Paul Esmein, § 349, note 1. — Planiol, Ripert et Hamel, t. X, n° 9. — Beudant, Lerebours-Pigeonnière et Brèthe de la Gressaye, n° 18. — Ripert et Boulanger, t. II, n° 2306. — Colin, Capitant et Julliot de la Morandière, t. II, n° 823.
6. V., F. Goré, *Le moment du transfert de propriété dans les ventes à livrer,* Rev. trim. dr. civ., 1947, p. 161 et s.

certaine et individualisée, le transfert de la propriété a lieu instantanément par le seul échange des consentements.

L'obligation de transférer la propriété, et plus généralement l'obligation de transférer un droit sur une chose, que le Code civil désigne sous le nom d'obligation de donner (art. 1136), présente donc la particularité de s'exécuter automatiquement, par la volonté de la loi, du seul fait de sa naissance. Cette particularité tient à la nature de la prestation qui a un caractère purement intellectuel et ne suppose pour sa réalisation aucune intervention active du débiteur. L'exécution de cette obligation ne soulevait donc aucune difficulté pratique et c'est pour cela que le législateur a pu décider « qu'immédiatement, du seul fait de sa naissance, elle s'absorbait dans son résultat, elle se convertissait en un droit réel » [7].

Aussi, a-t-on pu dire qu'il n'y a pas lieu, en général, de parler de l'obligation de donner contractée par le vendeur puisqu'elle s'éteint aussitôt qu'elle a pris naissance et qu'elle est nécessairement exécutée [8].

120. Mais le transfert de la propriété ne suffit pas à permettre à l'acquéreur d'exercer ses pouvoirs ; il ne pourra, en particulier, utiliser la chose que lorsqu'il en aura obtenu la possession matérielle. C'est là l'objet de l'obligation de délivrance qui constitue en fait l'obligation essentielle du vendeur. C'est une obligation de faire qui a pour effet de mettre la chose à la disposition effective et matérielle de l'acquéreur. Elle suppose une participation active du vendeur. Mais, le plus souvent, il sera possible d'obtenir une exécution forcée, et l'article 1610 du Code civil en consacre d'ailleurs le principe.

121. La situation est exactement identique en matière d'usufruit, de droit d'usage ou d'habitation. Il suffit de remarquer que l'obligation de donner n'a pas pour objet le transfert d'un droit de propriété, mais d'un droit d'usufruit, d'usage ou d'habitation. L'obligation de délivrance qui met l'usufruitier ou l'usager en mesure d'exercer son droit s'y retrouve avec les mêmes caractères.

7. Cf., Laborde-Lacoste, thèse précitée, p. 147.
8. Cf., Beudant, Lerebours-Pigeonnière et Brèthe de la Gressaye, n° 157.

§ 2

Le droit à la jouissance du preneur

122. Selon l'article 1709 du Code civil, le bailleur s'oblige à faire jouir le preneur de la chose louée. Et l'article 1719 précise que le bailleur est obligé de délivrer la chose, de l'entretenir et d'en garantir la jouissance. Si nous laissons de côté ces deux dernières obligations que nous examinerons plus loin, nous voyons que les articles 1709 et 1719 consacrent, tout comme l'article 1582 en matière de vente, une obligation de livrer la chose. *Comme l'acquéreur ou l'usufruitier, le preneur sera mis en mesure d'exercer ses pouvoirs sur la chose louée par l'exécution de l'obligation de délivrance imposée au bailleur. Et cette obligation n'est pas juridiquement différente de celle qui s'impose au vendeur.* Il s'agit toujours d'une obligation de faire qui sera le plus souvent susceptible d'exécution forcée [9].

L'obligation de délivrance du bailleur est cependant plus étendue que celle du vendeur. Celui-ci doit livrer la chose en l'état, tandis que le bailleur doit la livrer « en bon état de réparation de toutes espèces » (art. 1720, al. 1). Mais cette disposition, qui est conforme au rôle économique du contrat, n'est pas d'ordre public ; et, en fait, le bailleur restreignait souvent son obligation de livrer les lieux en bon état [10]. D'autre part, rien n'empêche d'imposer au vendeur l'obligation de livrer les lieux en bon état et d'effectuer avant la livraison certaines réparations.

Le bailleur doit effectuer la délivrance à l'époque fixée par le contrat ou par l'usage des lieux. Mais cette délivrance, comme en matière de vente, s'exécute une fois pour toutes et l'on ne peut pas dire que ce soit ici qu'apparaît le caractère successif de l'obligation du bailleur, caractère qui, selon certains, constitue une différence essentielle entre la vente et le louage [11]. En effet, lorsque le preneur est troublé dans sa jouissance en cours de bail par un fait personnel du bailleur, il ne prétendra pas, et personne n'a jamais prétendu, que le bailleur ait manqué à son obli-

9. Cf., Civ., 20 mai 1873 : S. 1873.1.453.

10. Cf., Aubry et Rau, t. V, 6e éd., par Paul Esmein, § 366, note 2. — Planiol, Ripert et Perreau, n° 506. — Beudant, Lerebours-Pigeonnière et Brèthe de la Gressaye, n° 493. — Ibéro, *op. cit.*, p. 45 et s. — Req., 16 novembre 1898 : S. 1900.1.20. — 13 juin 1925 : S. 1925.1.302. — 2 juin 1930 : S. 1930.1.253. — Comp., Req., 26 avril 1895 : S. 1895.1.504.

11. V., en ce sens, Cornille, *Vente et louage de choses. Contribution à l'étude de la distinction des contrats réglementés*, thèse, Lille, 1926, p. 78. — Ibéro, *op. cit.*, p. 27 et 28.

gation de délivrance. Le preneur invoquera, comme le ferait l'acquéreur à l'égard du vendeur dans la même situation, l'obligation de garantie du fait personnel.

123. En somme, preneur et acquéreur obtiennent la jouissance de la chose de la même façon, par l'exécution d'une obligation de livrer imposée au bailleur et au vendeur.

A l'obligation du vendeur, on ajoute celle de transférer la propriété et l'on admet que l'acquéreur obtient, outre son droit à la délivrance, un droit sur la chose. Pourquoi en serait-il autrement du preneur ? Les textes ne permettent pas de conclure à une telle différence, et l'on peut très bien concevoir que l'obligation de livrer imposée au bailleur s'accompagne d'une obligation de donner, de transférer la jouissance, dont l'exécution immédiate et automatique procurerait au preneur un droit de jouissance.

124. Contre une telle analyse, on pourrait faire valoir un argument qui paraît assez fort. L'article 1138 du Code civil lie, en effet, la question des risques à celle du transfert de propriété. Lorsque la chose vient à périr, les risques sont pour celui qui avait des droits sur cette chose. Si le preneur obtenait donc par le seul effet du contrat de bail, et pour toute la durée du contrat de bail, un droit de jouissance sur le bien loué, il faudrait en conclure que si le bien vient à périr avant la fin du bail, la perte sera supportée par le preneur qui devra continuer à payer son loyer. Or, l'article 1722 pose une règle inverse : la perte de la chose met fin au bail, les risques sont pour le bailleur.

125. A cette objection, il est possible de faire plusieurs réponses qui montrent qu'elle ne saurait être déterminante pour refuser au preneur l'acquisition d'un droit réel.

Tout d'abord, même en reconnaissant la valeur de l'objection, il faut remarquer qu'on ne serait pas nécessairement conduit à abandonner l'idée que le preneur peut obtenir un droit sur la chose. Il suffirait, en effet, de considérer que l'obligation de donner présente, en matière de bail, un caractère successif et impose au bailleur l'obligation de transférer au preneur, au jour le jour et de façon continue, la jouissance de la chose. Le preneur n'obtiendrait donc pas en une seule fois le droit de jouir de la chose pour toute la durée du bail ; il n'obtiendrait cette jouissance qu'au jour le jour, et ainsi s'expliquerait qu'il n'eût plus à payer de loyer, lorsque, faute d'objet, il ne pourrait plus obtenir cette jouissance. Mais cette analyse de l'obligation n'en chan-

gerait ni la nature, ni les effets ; l'exécution de cette obligation donnerait toujours au preneur un droit sur la chose ; et comme cette exécution est automatique et immédiate, c'est continuellement et automatiquement, par le seul effet de son droit au bail, que le preneur obtiendrait un droit sur la chose.

Mais il est possible de réfuter l'objection d'une manière plus directe. On peut en effet concevoir que l'article 1722 pose une règle exceptionnelle qui, en raison de l'économie particulière du contrat, écarte la solution qui aurait normalement découlé de l'application de l'article 1138. La liaison des risques au transfert de propriété n'est pas une règle nécessaire qui ne puisse souffrir aucune exception ; et, en l'espèce, on comprend très bien qu'une solution inverse soit adoptée en raison du caractère périodique de la prestation du preneur et du caractère complexe du contrat de bail ; les loyers versés par le preneur ne rémunèrent pas seulement le droit de jouissance qu'il aurait acquis, mais aussi les obligations personnelles (entretien...), imposées au bailleur ; il est normal, dans ces conditions, que le caractère synallagmatique du contrat, — caractère qui exige que l'impossibilité d'exécution d'une obligation fasse disparaître l'obligation correspondante —, ait prévalu sur une application trop stricte de la règle *res perit domino*.

Enfin, il faut ajouter que les règles qui concernent les risques ne sont pas d'ordre public et que les parties peuvent les modifier dans leurs conventions. On a soutenu, notamment, qu'en matière de bail les contractants pouvaient décider que même en cas de perte de la chose, le preneur devait continuer à payer le loyer jusqu'à la fin du bail [12]. Et, en matière de vente, on peut légitimement admettre des dispositions qui reculent le moment où la chose sera aux risques de l'acquéreur ; en particulier, dans une vente moyennant rente viagère, on peut fort bien stipuler que la rente sera éteinte si la chose vient à périr en totalité par cas fortuit ou force majeure, ou qu'elle sera réduite si la perte n'est que partielle. Personne, cependant, ne prétendra que l'acquéreur n'ait pas, en ce cas, obtenu un droit réel.

Tout cela montre bien qu'il n'y a pas, dans la règle de l'article 1722, un argument déterminant contre la réalité du droit du preneur. Et cette conclusion nous suffit pour l'instant.

126. On a cependant l'habitude d'opposer de façon catégorique le droit qu'obtient le preneur à celui qu'acquiert l'usufrui-

12. Baudry-Lacantinerie et Wahl, t. I, n° 351. — Cornille, *op. cit.*, p. 140.

tier en se plaçant au point de vue de l'obligation imposée à leur auteur. Le bailleur, dit-on, est tenu d'une obligation de « faire jouir » ; le nu-propriétaire doit seulement « laisser jouir » l'usufruitier. Et cette opposition, montre-t-on, se retrouve dans les textes du Code : tandis que l'article 1709 parle en effet de l'obligation de faire jouir imposée au bailleur, l'article 578 définit l'usufruit « un droit de jouir ». Ainsi, le preneur a le droit d'exiger qu'on lui procure la jouissance de la chose, et le bailleur l'obligation de la lui procurer ; l'usufruitier a le droit de jouir directement de la chose et le nu-propriétaire, l'obligation de le laisser jouir.

A bien réfléchir, *cette opposition systématique entre le droit du preneur et celui de l'usufruitier apparaît moins comme une justification de la différence de leur nature juridique que comme une explication* a posteriori *de cette différence.* Mais, surtout, cette opposition ne se manifeste pas dans le mécanisme par lequel le preneur et l'usufruitier acquièrent leur pouvoir d'utilisation de la chose. Tous deux sont juridiquement mis en possession par l'exécution d'une obligation de même nature : obligation de délivrance qui s'impose au nu-propriétaire comme au bailleur. Lorsque l'usufruit n'a pas été constitué directement, par contrat, par celui qui va devenir nu-propriétaire, cette obligation n'est peut-être pas très apparente ; et l'on pourrait, semble-t-il, l'analyser en une obligation de ne pas faire : obligation de ne pas empêcher la prise de possession de l'usufruitier. Mais, le plus souvent, la délivrance due par le bailleur ne nécessitera pas davantage d'activité particulière, et elle apparaîtra pratiquement comme une obligation de laisser prendre possession. En réalité, ce que l'on traduit essentiellement en parlant d'obligation de faire jouir, et qui ne se retrouve pas en principe en matière d'usufruit, c'est l'obligation qui impose au bailleur d'entretenir, pendant toute la durée du bail, la chose en état de servir à l'usage pour lequel elle a été louée [13] ; au moment de la délivrance, elle se manifeste par l'obligation de délivrer en bon état ; mais nous avons vu que rien n'empêchait le propriétaire de prendre un pareil engagement, qu'inversement le bailleur pouvait stipuler qu'il louerait et livrerait en l'état, et qu'en conséquence ce caractère particulier de l'obligation de déli-

13. Pour la critique de l'obligation de faire jouir envisagée comme constituant le contenu du droit du preneur, voir : Giorgianni, *Contributo alla teoria dei diritti di godimento su cosa altrui*, p. 25 et s., 109 et s. — Natoli, *Il conflitto dei diritti e l'art. 1380 del Codice Civile*, 1950, n° 27 s. — Dans le même sens, Franzi, *Natura giuridica del diritto del locatario*, 1949, p. 19 (cité par Natoli), dans ce travail dont nous n'avons pas pu avoir connaissance, l'auteur conclut à la nature réelle du droit du locataire.

vrance ne pouvait influer sur la nature du droit du preneur [14]. Nous allons voir qu'il en est de même pendant le bail en ce qui concerne l'obligation d'entretien proprement dite.

SECTION II

L'exercice du droit

127. Comme le propriétaire, le preneur exerce ses pouvoirs sur la chose soit par des actes matériels, soit par des actes juridiques. En ce qui concerne les premiers, le preneur ne pourra effectuer que les actes qui seront conformes à la destination économique de la chose ; il ne devra faire que des actes d'usage normal, qui ne puissent pas altérer la substance du bien. Quant aux actes juridiques qui se traduisent par des cessions de bail ou des sous-locations, ils ne seront valables que dans la limite des droits dont dispose le preneur. De ce point de vue, il n'y a donc de différence entre le propriétaire et le preneur que dans l'étendue de leurs pouvoirs, non dans leur nature.

Comment peut-on dire, dès lors, que le preneur ne jouit que par l'intermédiaire du bailleur ? Est-ce parce que le bailleur doit entretenir la chose ? Ou est-ce parce que le preneur ne serait, quant à l'exercice de ses pouvoirs, qu'un représentant du bailleur ?

§ 1

L'entretien de la chose louée

128. Le bailleur est tenu, pendant toute la durée du bail, « d'entretenir la chose en état de servir à l'usage pour lequel elle a été louée » (art. 1719, 2°). Et l'article 1720, alinéa 2, précise que le bailleur doit faire, « pendant toute la durée du bail, toutes les réparations qui peuvent devenir nécessaires, autres que les locatives » [15].

Il ne fait aucun doute qu'il y a là une obligation personnelle du bailleur, qui est une application certaine de l'obligation de faire jouir dont parle l'article 1709 du Code civil lorsqu'il définit le

14. V., *supra*, n° 122.
15. Sur la distinction entre les réparations locatives et les réparations de gros entretien, v., Ibéro, thèse citée, p. 79 et s.

contrat de louage. De ce point de vue, le preneur a donc incontestablement un droit de créance contre le bailleur.

Et l'on ne manque pas de faire apparaître aussitôt la différence qui existe à cet égard entre la situation du preneur et celle de l'usufruitier. « L'usufruitier, dit-on, n'ayant que le droit de jouir de la chose et non celui d'exiger qu'on lui procure une jouissance effective de cette chose, ne peut, au cours de l'usufruit, contraindre le nu-propriétaire à effectuer les grosses réparations, et si l'usufruitier les effectue lui-même, il ne peut réclamer de ce chef aucune indemnité au nu-propriétaire tant que l'usufruit dure. » [16].

Mais cette solution n'a pas été admise sans discussion. L'article 605 du Code civil semble, en effet, poser une règle contraire puisqu'il y est dit que « les grosses réparations demeurent à la charge du propriétaire ». Aussi, a-t-on longtemps discuté pour savoir si le propriétaire ne pouvait être contraint à les effectuer ; et certains auteurs ont vu dans cet article l'existence d'une obligation spéciale à la charge du nu-propriétaire [17]. La jurisprudence a consacré la solution contraire [18], conformément d'ailleurs à l'opinion de la majorité des auteurs [19]. Mais, en 1929, encore, le Doyen Josserand n'hésitait pas à aller à l'encontre du courant déterminé par la Cour régulatrice, et il montrait les avantages qu'il y aurait à reconnaître, « en conformité, disait-il, des textes actuels, que les grosses réparations incombent obligatoirement au nu-propriétaire » [20].

129. L'existence même de cette discussion fait apparaître que l'obligation d'entretien imposée au bailleur ne préjuge en rien la nature du droit qu'exerce le preneur ; car les auteurs qui ont voulu imposer au nu-propriétaire l'obligation des grosses

16. Beudant, Lerebours-Pigeonnière et Brèthe de la Gressaye, n° 494.

17. Laurent, t. VI, n° 548. — Delvincourt, t. I, p. 524. — C'était également la solution donnée par Pothier, *Traité du douaire*, n° 246 et *Traité des donations entre mari et femme*, n° 239.

18. Req., 10 décembre 1900 : D. 1901.1.209, note L. Guénée. — Comp., Req., 1er avril 1889 : D. 1891.1.413. — Cf., Paris, 27 juillet 1928 : Gaz. Pal. 1928.2.697 ; D. 1929.2.1, note Louis Josserand ; S. 1930.2.73, note Chavegrin. — Trib. civ., Meaux, 2 novembre 1932 : Gaz. Pal. 1933.1.95. — Paris, 27 mai 1936 : Gaz. Pal. 1936.2.341.

19. Demolombe, t. X, n° 581 et s. — Aubry et Rau, t. II, 6e éd., par E. Bartin, § 233, notes 1 et 2, § 235, notes 8 et 9. — Beudant, Lerebours-Pigeonnière et Voirin, t. IV, n° 469. — Comp., Planiol, Ripert et Picard, t. III, n° 857. — Ripert et Boulanger, t. I, n° 3579. — Colin, Capitant et Julliot de la Morandière, t. I, n° 1091, p. 885.

20. Note précitée, D. 1929.2.1. — Comp., Garnier, *Des améliorations réalisées par l'occupant en matière d'usufruit et de louage d'immeuble*, thèse, Montpellier, 1932, p. 95 et s.

réparations n'ont jamais prétendu que l'usufruitier n'eût pas un droit réel.

L'on conçoit très bien en effet qu'un individu qui acquiert un droit réel sur une chose puisse obtenir en même temps un droit de créance à l'égard de son auteur. On peut même dire que cette situation se présente constamment, puisque tout cédant d'un droit réel est tenu à l'égard de son cessionnaire d'une obligation de garantie, qui constitue pour ce dernier un droit de créance destiné à garantir l'efficacité et l'exercice de son droit sur la chose. Il faut simplement remarquer que les auteurs du Code civil, instruits par l'exemple de l'Ancien Régime des abus auxquels peuvent donner lieu les obligations personnelles imposées à des individus dans l'intérêt du titulaire d'un droit réel, ont, en principe, interdit la création, sous forme de servitude, donc à titre perpétuel, d'obligations qui seraient imposées à une personne en faveur du propriétaire d'une chose (art. 686 du C. civ.).

Mais lorsque la création de ces obligations est permise, comme par exemple l'obligation qui peut être imposée au titulaire du fonds servant de faire à ses frais les ouvrages nécessaires pour l'usage ou la conservation de la servitude (art. 698 et 699), leur existence ne modifie pas la nature du droit exercé sur la chose, par exemple, la nature réelle du droit de servitude. Sans doute, dans l'exemple cité, il ne s'agit pas, à proprement parler, d'une obligation personnelle dont le débiteur soit personnellement et définitivement tenu, puisque le propriétaire du fonds servant peut échapper à son obligation en faisant abandon de la propriété du terrain sur lequel s'exerce la servitude. Mais il est parfaitement permis de constituer, de façon similaire, des obligations purement personnelles, pourvu qu'elles aient un caractère temporaire. Même si l'on n'admet pas, en vertu des textes actuellement en vigueur, que le nu-propriétaire puisse être obligé à effectuer les grosses réparations, rien n'empêche le constituant d'un usufruit de s'engager personnellement à faire à ses frais les réparations de gros entretien qui s'avéreraient nécessaires pendant la durée de l'usufruit. Et l'on peut même, en pratique, fort bien concevoir que le vendeur d'une maison, voulant garantir à son acquéreur la solidité de la construction et la qualité des installations, s'engage à effectuer pendant un certain nombre d'années toutes les grosses réparations qui deviendraient nécessaires.

En somme, et les auteurs du XIX[e] siècle l'avaient déjà noté [21], *l'obligation d'entretien n'a rien d'incompatible avec la réalité du droit du preneur.*

21. V., Ch. Royer, note au D. 1860.2.85.

Et si l'on voulait ajouter aux arguments ci-dessus, qui nous paraissent suffisants, une autre considération, d'ailleurs moins probante, on pourrait remarquer, comme nous l'avons déjà fait, que la jurisprudence a, depuis longtemps, considéré que l'obligation d'entretien n'était pas de l'essence du louage et qu'il était possible de la restreindre ou de la supprimer par une clause formelle du bail [22]. Ce n'est que la législation moderne qui a apporté en ce domaine des règles impératives [23], tandis que la jurisprudence la plus récente, approuvée par la doctrine, s'efforce, nous l'avons vu, de restreindre, en matière de baux d'habitation, l'étendue de l'obligation d'entretien [24].

§ 2

La nature des pouvoirs exercés par le preneur

On a prétendu que le preneur n'exercerait aucun pouvoir propre sur la chose louée, mais n'agirait, dans l'exercice de ses pouvoirs, que pour le compte du bailleur ou par représentation de celui-ci.

A. — Exposé des idées

130. Les idées qui tendent à montrer que le preneur n'agit que pour le compte du bailleur ont été émises à propos de l'application à la situation du preneur des notions de possession et de détention. Mais certains auteurs, principalement M. Quincarlet [25], les ont généralisées et les ont présentées sous une forme particulièrement absolue, qui permet de les résumer en deux propositions : tout d'abord, le preneur n'a aucun pouvoir sur la chose, il est simple créancier des utilités produites ; en second lieu, le preneur est un simple détenteur qui possède au nom et pour le compte du bailleur.

1° Le preneur n'a pas de pouvoirs propres sur la chose

131. M. Quincarlet expose cette première idée en quelques

22. V., *supra*, n° 112. — Cf., Civ., 28 mai 1945 : D. 1945.J.331 ; Gaz. Pal. 1945.2.25 ; S. 1945.1.111. — 16 juillet 1951 : D. 1951.J.587 ; J.C.P. 1952.II.6717, note Paul Esmein.
23. V., *supra*, n° 111.
24. V., *supra*, n° 112.
25. Simon Quincarlet, *La notion de gage en droit privé français. Ses diverses applications*, thèse, Bordeaux, 1937.

lignes claires et que l'on ne peut concevoir plus catégoriques. Le locataire, le fermier, écrit-il, « retirent eux-mêmes les utilités de la chose louée non pas en leur nom personnel et pour leur compte, mais pour celui du propriétaire ; une fois ces utilités extraites de la chose pour ainsi dire, ils ont un droit de créance contre le propriétaire en vue d'obtenir le transfert de ces utilités dans leur propre patrimoine ; ce transfert s'opère d'ailleurs, conformément aux principes de notre droit, aussitôt que ces utilités existent à l'état distinct » [26]. Le locataire, ajoute-t-il, « ne peut prétendre avoir de droit réel, parce que son droit vise les fruits ou l'usage de la chose à l'état distinct, et que ces fruits ou cet usage n'existent pas encore au moment où il prend possession de la chose ». Et, pour montrer qu'il ne confond pas le droit du preneur avec celui de l'acquéreur de récoltes sur pied, M. Quincarlet précise que le droit du preneur ne porte pas, à proprement parler, sur les fruits ou l'usage de la chose à l'état distinct, mais, plus exactement, qu'il a pour objet « le transfert de ces fruits ou de cet usage par le propriétaire ». Il remarque enfin que le droit du preneur « se distingue de l'usufruit, lequel vise la chose en tant que productrice de fruits ou susceptible d'usage, ou mieux l'usage ou les fruits comme existants à l'état potentiel dans la chose même » ; et « c'est ce qui fait que l'usufruitier a un droit réel sur les éléments de la chose générateurs de la jouissance ou de l'usage » [27].

Ces idées ne sont pas absolument nouvelles ; Pothier avait déjà utilisé des formules qui pouvaient trahir une conception analogue, bien que la confusion avec la vente de récoltes y soit plus apparente. « Le contrat de louage, écrivait-il, renferme, en quelque façon, non la vente de la chose même qui est louée, mais la vente de la jouissance ou de l'usage de cette chose. Par exemple, le bail à ferme d'une terre s'analyse en une vente que le bailleur fait au fermier des fruits qui y seront recueillis pendant le temps du bail » [28].

2° Le preneur est un simple détenteur

132. Mais c'est sur le terrain de la possession que les auteurs ont le plus insisté pour montrer la fonction de représentation que remplissait le preneur.

26. *Op. cit.*, p. 284. — Comp., Saint-Alary, *La détention. Notion et portée d'application en droit français*, thèse, Montpellier, 1941, p. 143 *in fine* et 144, qui s'exprime en termes analogues.
27. *Loc. cit.*
28. Pothier, *Traité du louage*, n° 4.

Selon la doctrine classique française en la matière, *le preneur n'est pas possesseur ; il est un simple détenteur.* « Le détenteur, explique M. Saint-Alary, a l'intention d'agir pour le compte d'autrui. Cela signifie que dans tous les actes qu'il accomplit sur la chose, actes de jouissance, d'usage et de transformation, et qui pourraient faire croire à l'exercice d'un droit de propriété ou d'un autre droit réel, il n'entend pas les accomplir pour lui ; il reconnaît, au contraire, le droit d'autrui et entend reporter à celui de qui il tient la chose le bénéfice de ces actes » [29]. En somme, l'on considère que le preneur exerce pour le compte du bailleur les actes constitutifs de l'élément matériel de la possession.

Mais M. Saint-Alary, comme M. Quincarlet, pousse plus loin l'explication juridique de cette situation. « Nous avons vu, écrit-il, que si la doctrine classique admet que le détenteur agit pour le compte du possesseur lorsqu'il accomplit des actes de possession, elle prend un soin particulier de ne pas parler de représentation et de marquer, au contraire, le caractère matériel des services rendus à la possession par le détenteur ; la formule qui rend sa pensée avec le plus d'exactitude est celle de Marcadé : le détenteur est l'instrument de la possession d'autrui. Toutefois, nous persistons à croire que le détenteur est un véritable représentant pour le possesseur. » [30]. Contrairement, en effet, à la majorité de la doctrine française [31], M. Saint-Alary « voit une application de l'institution juridique de la représentation dans les cas où une personne accomplit pour le compte d'une autre personne, non pas des actes juridiques, mais des actes matériels. Il y a donc bien en définitive, dit-il, représentation du possesseur par le détenteur pour l'élément corporel de sa possession, puisque le détenteur, en exerçant sa maîtrise de fait, accomplit des actes matériels pour le compte du possesseur » [32].

Ces auteurs font en outre remarquer que la détention du preneur présente certains caractères particuliers du fait qu'elle est « l'accessoire d'un droit de créance ». « A l'intention d'accomplir les actes de possession dans l'intérêt du possesseur, se combine, en effet, celle d'exercer un droit personnel », « d'obtenir du possesseur l'exécution des obligations qu'il a contractées » [33].

29. V., Saint-Alary, thèse citée, p. 48 et s.
30. *Op. cit.*, p. 272. — Comp., Quincarlet, thèse citée, p. 289 *in fine*.
31. V., sur ce point, Madray, *Essai d'une théorie générale de la représentation en droit privé français*, thèse, Bordeaux, 1931, p. 158.
32. Saint-Alary, *op. cit.*, p. 276.
33. Quincarlet, *op. cit.*, p. 284-285. — Saint-Alary, *op. cit.*, p. 138-139.

C'est pour désigner cette détention particulière, et la distinguer des autres cas de détention, que ces auteurs ont employé l'expression, empruntée à Ihering [34], de « *détention intéressée* » [35]. « La détention intéressée, dit M. Quincarlet, est le fait pour une personne d'accomplir sur une chose des actes de possession pour le compte d'une autre, qui est tenue personnellement envers la première à lui transférer, sous certaines conditions, le profit de tout ou partie des utilités ainsi retirées de la chose. » [36].

133. De ce que le preneur n'est pas un possesseur, mais un simple détenteur pour le compte d'autrui, il résulte qu'*il ne saurait bénéficier de la protection possessoire*. Et il y a là une différence importante entre sa situation et celle de l'usufruitier.

L'usufruitier, de même que le titulaire d'un droit d'usage ou d'habitation, bénéficie des actes possessoires. Il n'existe sur ce point aucun texte explicite. Mais doctrine et jurisprudence ont toujours été d'accord pour reconnaître à l'usufruitier le droit d'intenter la complainte, et les autres actions possessoires, pour tout trouble apporté à sa jouissance, soit par des tiers, soit même par le nu-propriétaire [37].

Au contraire, la jurisprudence a toujours refusé au preneur le droit d'intenter la complainte [38]. Elle lui a simplement permis d'exercer l'action en réintégrante [39] qu'elle accorde à tous ceux qui, même simples détenteurs, ont été victimes d'une déposses-

34. Ihering, *Le rôle de la volonté dans la possession*, p. 254.
35. Quincarlet, *op. cit.*, p. 285. — Saint-Alary, *op. cit.*, p. 144.
36. Quincarlet, *op. cit.*, p. 289.
La détention intéressée résultant du louage comporterait une deuxième fonction de représentation du bailleur (possesseur) par le preneur (détenteur). Cf., Saint-Alary, *op. cit.*, p. 277-280. « On admet une double représentation, dit M. Quincarlet : 1° le locataire représente le propriétaire dans l'exercice de sa possession... ; 2° il le représente aussi dans l'exécution de ses obligations envers lui envisagé en tant que créancier, situation qui rappelle le contrat avec soi-même conclu par un représentant » (Quincarlet, p. 289). Et M. Saint-Alary précise que l'on songe ainsi à expliquer la possibilité reconnue au preneur de faire exécuter, aux frais du bailleur, les réparations que celui-ci doit effectuer et auxquelles il néglige de procéder (Saint-Alary, p. 278).
Nous avons déjà signalé ce droit du preneur de faire procéder aux réparations mises à la charge du bailleur. Il s'agit simplement d'une application de l'article 1144 du Code civil, qui permet d'autoriser le créancier, en cas d'inexécution, à faire exécuter lui-même l'obligation aux dépens du débiteur (cf., Civ., 19 juillet 1950 : D. 1951.S.3). On ne voit pas quelle clarté supplémentaire peut apporter en la matière l'idée de représentation et de contrat avec soi-même.
37. Cf., Aubry et Rau, t. II, 6e éd., par E. Bartin, § 187, p. 217. — Baudry-Lacantinerie et Chauveau, *Les biens*, n° 552. — Planiol, Ripert et Picard, n° 815. — Morel, *Tr. élém.*, n° 64. — Civ., 14 décembre 1840 : D. 1841.1.32.
38. Cf., Morel, *loc. cit.* — Civ., 18 janvier 1893 : S.1893.1.237.
39. Req., 10 novembre 1819 : S. 1920.1.209. — Civ., 14 février 1912 : D. 1913. 1.176 ; S. 1912.1.132.

sion violente ou même d'une usurpation par voie de fait [40]. Des décisions de plus en plus nombreuses admettent même la recevabilité de l'action en réintégrante intentée par le preneur contre le bailleur [41] ; mais la Cour de Cassation [42] a récemment décidé que lorsque les parties sont liées par un contrat, la protection doit être recherchée dans l'exercice des actions réelles ou personnelles nées du contrat lui-même et non dans l'exercice de l'action possessoire [43].

B. — Observations critiques

Sans entrer dans une étude détaillée de toutes les questions que soulèvent les idées exposées, il nous faut en apprécier le bien-fondé, et voir le parti que l'on peut en tirer pour déterminer la nature du droit du preneur.

1° Le preneur a des pouvoirs propres de jouissance

134. On ne saurait accepter l'analyse du louage présentée par M. Quincarlet. Bien que l'auteur s'en défende, elle aboutit pratiquement, au cas de bail portant sur un bien frugifère, à une regrettable confusion entre le louage et la vente de fruits. Au cas de bail portant sur une chose non frugifère, elle paraît alors absolument contraire à la réalité et l'on peut même dire à la raison.

Si l'immeuble loué comporte la perception de fruits ou récoltes, ce qui est le cas du bail rural, il est rationnellement concevable de dire que le preneur n'exerce de pouvoirs de jouissance que pour le compte du bailleur et est simplement créancier des fruits ou récoltes produits. Cette conception pourrait trouver un appui dans les articles 1769 et suivants du Code civil, qui permettent au preneur d'un bail à ferme de demander une diminution du fermage au cas de perte par cas fortuit ou force majeure

40. Civ., 12 avril 1933 : D.H. 1933.318 ; S. 1933.1.270. — 16 décembre 1929 : S. 1930.1.300. — 1er mars 1938 : Gaz. Pal. 1938.1.728.

41. Trib. civ., Rouen, 17 juillet 1928 : Gaz. Pal. 1928.2.803 ; S. 1928.2.169, note Japiot ; Rev. trim. dr. civ., 1928, p. 159, obs. Solus. — Trib. paix, Lannemezan, 2 juillet 1930 : Gaz. Pal. 1930.2.507 ; Rev. trim. dr. civ., 1930, p. 1105. — Trib. paix, Aulnay-sous-Bois, 16 juillet 1942 : Gaz. Pal. 1942.2.142. — Trib. civ., Seine, 15 décembre 1947 : Gaz. Pal. 1948.1.82. — Trib. paix, Nice, 12 novembre 1947 : Gaz. Pal. 1948.1.112. — Trib. civ., Aurillac, 2 novembre 1949 : Gaz. Pal. 1950.1.96.

42. Civ., 18 janvier 1949 : S. 1950.1.147 ; Rev. trim. dr. civ., 1950, p. 522. — Comp., Civ., 1er février 1922 : Gaz. Pal. 1922.1.462 ; S. 1922.1.64.

43. V., les observations de M. Solus, Rev. trim. dr. civ., 1943, p. 51 ; 1948, p. 532 ; 1950, p. 76 et 522.

d'une partie des récoltes ; c'est là la preuve, pourrait-on dire, que le droit du preneur n'a pas pour objet la jouissance d'un bien, mais l'acquisition des récoltes.

En fait, malgré la subtile distinction que fait M. Quincarlet entre la vente qui donnerait un droit direct sur les fruits et récoltes, et le louage qui ne donnerait qu'un droit au transfert de ces mêmes produits, on voit mal comment on peut échapper à la confusion entre la vente de fruits et le louage, puisque M. Quincarlet reconnaît lui-même que l'obligation de transférer les fruits, imposée au bailleur, s'exécute d'elle-même, en sorte que le preneur obtient un droit sur les fruits sitôt qu'ils existent à l'état distinct [44] ; et l'on ne peut, en revanche, manquer de remarquer que dans le cas de vente de récoltes ou de fruits, « le droit de propriété ne peut naître sur ces biens avant qu'ils existent à l'état de récoltes ou de fruits » [45]. En réalité, et c'est une différence essentielle entre la vente de fruits et le louage, *le locataire, au contraire de l'acquéreur de fruits, a un pouvoir propre de jouissance sur la chose productive.* « Dans la vente, écrit M. Cornille, l'acquisition des fruits dérive du contrat lui-même dont elle forme la matière, et elle est exclusive d'une véritable possession du fonds qui produit les fruits ; au contraire, dans le louage, cette acquisition n'est qu'une conséquence indirecte du contrat et elle dérive de la jouissance de l'immeuble, jouissance qui constitue seule la matière de la convention » [46]. Et M. Voirin écrit de son côté, dans un article où il met particulièrement en relief le rôle du preneur de biens ruraux et la fonction de ses pouvoirs : « Le bail à ferme n'est pas une espèce de vente, et les fruits n'en sont pas la matière, c'est-à-dire l'objet. Le contrat a pour objet l'exploitation culturale plutôt que ses résultats. » [47].

Quant aux articles 1769 et suivants, plusieurs auteurs y ont vu des dispositions exceptionnelles, inspirées par des considérations d'humanité en faveur du fermier victime de circonstances extérieures [48]. Mais, même si l'on considère qu'il s'agit d'une conséquence de la nature du contrat de louage, qui doit garantir au preneur « non seulement le droit abstrait de percevoir les fruits du fonds affermé, mais encore, dans une certaine mesure,

44. Quincarlet, *op. cit.*, p. 284.
45. Cf., Fréjaville, *Des meubles par anticipation*, thèse, Paris, 1927, p. 170.
46. Cornille, thèse citée, p. 157-158.
47. P. Voirin, *La jouissance d'une exploitation envisagée comme critère du bail à ferme et comme principe de son autonomie*, Rev. trim. dr. civ., 1930, p. 324.
48. Duvergier, *Du louage*, t. II, n° 149 et s. — Planiol, Ripert et Perreau, n° 643.

la faculté physique et la possibilité matérielle de les recueillir » [49], on ne peut conclure que le preneur n'ait aucun pouvoir propre de jouissance et n'obtienne qu'un droit au transfert des fruits produits.

D'ailleurs, cette conception devient réellement incompréhensible lorsque le bien loué ne comporte pas la perception de fruits, mais que son mode de jouissance consiste dans de simples pouvoirs d'usage ou d'utilisation, ce qui est le cas des baux d'habitation ou des baux commerciaux. On ne voit pas alors comment le preneur pourrait retirer les utilités de la chose pour le compte du bailleur qui serait tenu de les lui transférer. Ces utilités n'ont pas une existence indépendante des pouvoirs d'usage ou d'utilisation accomplis sur la chose. Elles existent à l'état naturel, et tout pouvoir accompli sur la chose a pour objet, non de les créer, mais de se les approprier. Le preneur obtient un droit à cette appropriation, et les pouvoirs qu'il exerce sur la chose pour réaliser ce droit ne peuvent l'être pour le compte du bailleur et sont nécessairement des pouvoirs propres exercés pour son compte personnel.

En réalité, la confusion commise par M. Quincarlet est la conséquence d'un développement excessif des idées par lesquelles on explique en général la situation respective du preneur et du bailleur à l'égard de la possession du bien loué.

2° La situation du preneur au regard de la possession et de la protection possessoire

135. Un examen critique approfondi de la situation respective du bailleur et du preneur au regard de la possession dépasserait le cadre de cette étude, car il supposerait une analyse minutieuse des notions fort complexes de possession et de détention [50]. Nous nous contenterons de rappeler les principales idées émises en la matière, et les conceptions adoptées par le droit français, afin de voir s'il est possible d'en tirer quelqu'enseignement utile pour déterminer la nature du droit du preneur. Cela nous permettra aussi, et du même point de vue, d'apprécier la valeur de la différence existant entre le preneur et l'usufruitier au sujet de la protection possessoire.

49. Aubry et Rau, t. V, 6e éd., par Paul Esmein, § 371, note 14. — Comp., Troplong, *Du louage*, t. II, nos 640, 695, 696.

50. Voir, sur ces questions, Saint-Alary, *La notion de détention...*, thèse précitée.

a) *La possession et les ayants droit à la protection possessoire*

136. On sait à quelles discussions ont donné lieu la notion de possession et la détermination des ayants droit à la protection possessoire ; et l'on connaît les deux théories essentielles auxquelles Savigny et Ihering ont attaché leur nom [51].

Traditionnellement, on considère que la possession comporte deux éléments : un élément matériel appelé *corpus*, un élément intentionnel dénommé *animus*.

Pour Savigny, le *corpus*, c'est la détention matérielle de la chose, le pouvoir physique exercé sur elle. Quant à l'*animus*, c'est l'intention d'exercer le droit de propriété. Celui qui a le *corpus possessionis* peut avoir cette intention de deux manières différentes : il peut vouloir exercer le droit de propriété d'autrui ou le sien propre ; s'il a l'intention d'exercer le droit de propriété d'autrui, il est un simple détenteur ; en revanche, s'il ne reconnaît pas le droit de propriété d'autrui et a l'intention d'exercer son propre droit de propriété, il est possesseur ; cet *animus*, Savigny l'appelle l'*animus domini* [52].

Sur le terrain de la protection possessoire, on est ainsi conduit à une conception restrictive. Sont, en principe, seuls protégés le propriétaire, et le possesseur de bonne ou mauvaise foi qui prétend à la propriété. Mais Savigny reconnaît que le droit romain accordait les interdits possessoires à d'autres personnes, tel le créancier gagiste, le séquestre, et même le précariste qui en bénéficiait à l'égard des tiers. Ces hypothèses, Savigny les range sous le nom de « possession dérivée » ; il les tient pour exceptionnelles et les explique par des raisons particulières à chaque cas [53].

51. Nous rappelons les ouvrages et les études classiques sur la possession : Savigny, *Traité de la possession*, trad. Staedtler sur la 7e éd. — Ihering, *Etudes complémentaires de l'esprit du droit romain*, trad. Meulenaere (*Fondement des interdits possessoires ; du rôle de la volonté dans la possession*). — Saleilles, *Eléments constitutifs de la possession*, Rev. bourguignonne de l'enseignement supérieur, 1893-1894 ; *La théorie possessoire du Code allemand*, Rev. crit., 1903, p. 592, et 1904, p. 33 ; *De la possession des meubles*, 1907. — G. Cornil, *Traité de la possession dans le droit romain pour servir de base à une étude comparative des législations modernes.*

Comme étude récente sur la notion de possession, où l'on trouvera une bibliographie détaillée, voir la série d'articles de M. Alfredo Fedele, publiée sous le titre *Possesso ed esercizio del diritto*, à la Rivista del diritto commerciale, 1949, p. 108 et s. (*il possesso e l'esercizio del diritto reale in generale*), p. 198 et s. (*il c. d. possesso di cosa e l'esercizio del diritto di proprietà*) ; 1950, p. 198 et s. (*il c. d. possesso dei diritti e l'esercizio dei diritti reali speciali*).

52. Savigny, *op. cit.*, § 9.

53. V., G. Cornil, *op. cit.*, p. 64-80.

Ihering a fort bien montré que la théorie de l'*animus domini*, dite théorie subjective, ne pouvait être appliquée dans sa forme primitive, à laquelle il donne le nom de théorie de « la volonté individuelle et concrète » [54]. Sous cette forme, l'*animus* serait la volonté manifestée par le sujet à chaque instant ; cela conduirait à une incertitude complète sur les qualités de possesseur ou de détenteur, puisque le sujet pourrait à tout moment prendre l'une ou l'autre de ces qualités selon son bon vouloir. Aussi, les partisans de la théorie subjective déclarent que la volonté à prendre en considération est celle qui s'est manifestée au moment de l'entrée en possession, celle qui résulte du titre d'entrée en possession, de la *causa possessionis* [55].

137. Mais Ihering ne s'est pas contenté de cette retouche ; il a édifié une théorie différente qu'il qualifie lui-même de *théorie objective*, et qui met surtout l'accent sur le *corpus* [56].

Pour Ihering, le *corpus*, c'est le fait d'exercer sur la chose les actes qu'exercerait le propriétaire. L'*animus*, c'est la volonté d'exercer le *corpus*. Si l'on combine ces deux définitions, on aboutit, en somme, à une conception qui n'est pas très différente de celle de Savigny, puisque la possession va résulter de la volonté d'exercer sur la chose les actes que ferait le véritable propriétaire. Mais la particularité de la théorie de Ihering réside dans la distinction entre la possession et la détention.

Pour Ihering, nous montre M. Cornil qui fut son disciple, « tout rapport possessoire implique nécessairement la volonté ; sans volonté, le rapport extérieur avec une chose est un simple rapport de juxtaposition locale complètement indifférent au droit... Ce n'est donc pas sur la volonté que repose la distinction, mais la relation entre la possession et la détention est la suivante : tout rapport possessoire est en principe une possession proprement dite ; cependant, dans certains rapports possessoires déterminés, le droit, obéissant à des motifs pratiques, enlève les effets de la possession, bien que les conditions légales de la possession soient réunies. Tels sont les cas de détention ; ce sont des rapports possessoires dans lesquels des motifs d'ordre pratique font obstacle à ce que les effets de la possession se produisent » [57].

Ces motifs d'ordre pratique résident dans l'idée de dépen-

54. Ihering, *Du rôle de la volonté*, p. 13 et s.
55. V., Cornil, *op. cit.*, p. 33-34. — Saint-Alary, *op. cit.*, p. 92 et s.
56. V., Schwab, *La théorie objective de la possession*, thèse, Paris, 1907.
57. Cf., Cornil, *op. cit.*, p. 34 et 35.

dance. Ihering montre que la notion de détention trouve son origine, en droit romain, dans le fait que les chefs de famille doivent conserver leur puissance sur les esclaves et les enfants. Elle a été ensuite étendue aux rapports contractuels qui nécessitent aussi le maintien du détenteur sous la dépendance du *dominus possessionis*. C'est l'intérêt de ce dernier qui « réclame le maintien intact de sa possession juridique, c'est-à-dire la faculté de défendre sa possession par sa propre force et par les moyens possessoires » [58].

« En définitive, écrit M. Saint-Alary, qui résume fort bien la conception d'Ihering et son opposition avec celle de Savigny, le critérium de distinction entre la possession et la détention est, dans la théorie d'Ihering, une disposition légale exceptionnelle fondée sur l'idée de dépendance à l'égard du possesseur... Dans la théorie subjective, si celui qui a la chose en mains reconnaît le droit d'autrui, il est détenteur. Dans la théorie d'Ihering, au contraire, si le législateur n'a pas expressément prévu qu'il y aurait détention, il reste possesseur. Cette dernière théorie a donc pour effet d'élargir le champ d'application de la possession et de restreindre le nombre des détenteurs laissés en dehors de la protection juridique. » [59].

Saleilles a défendu de son côté des idées sensiblement analogues à celles d'Ihering, et qui conduisent également à une large application de la notion de possession et de la protection possessoire, mais il a particulièrement insisté sur l'aspect économique de la question [60]. Pour lui, le *corpus*, c'est un ensemble de faits « révélant un rapport durable d'appropriation économique ». Quant aux cas de détention, ils sont, comme pour Ihering, fondés sur l'idée de dépendance à l'égard du possesseur ; seulement, cette dépendance n'est pas une dépendance sociale, mais surtout une dépendance économique, c'est-à-dire fondée sur les biens qui unissent possesseur et détenteur dans l'exploitation de la chose.

138. Dans son principe, le *droit français* classique s'inspire des idées romaines telles qu'elles ont été présentées par la théorie subjective. On a pu dire que la théorie française était une théorie de la *causa possessionis* [61].

58. Ihering, *Du rôle de la volonté...*, p. 310.
59. Saint-Alary, *op. cit.*, p. 100.
60. Voir sur ce point l'exposé de M. Saint-Alary, *op. cit.*, p. 25 et s., p. 101 et s.
61. Cf., Saint-Alary, *op. cit.*, p. 49.

A vrai dire, le Code civil ne traite de la possession qu'aux articles 2228 et suivants, à propos des modes d'acquisition de la propriété, au chapitre de la prescription ; il envisage donc la possession *ad usucapionem*, en vue d'acquérir la propriété, et l'on comprend que l'article 2229 exige qu'elle soit exercée à titre de propriétaire, *animus domini*. Cependant, l'article 2236, alinéa 2, précise que « le fermier, le dépositaire, l'usufruitier et tous autres, qui détiennent précairement la chose du propriétaire, ne peuvent la prescrire » ; et, en ce qui concerne la protection possessoire, l'article 23 du Code de Procédure civile stipule que « les actions possessoires ne seront recevables qu'autant qu'elles auront été formées... par ceux qui... étaient en possession... à titre non précaire ». A lire ces textes, il semble, par conséquent, que le droit français ne reconnaisse d'effet qu'à la possession *animo domini*, qu'il s'agisse de la possession *ad usucapionem* ou de la possession *ad interdictam*. Pourtant, tout le monde admet que l'usufruit peut s'acquérir par prescription [62], et que l'usufruitier peut exercer personnellement les actions possessoires.

C'est qu'en réalité le droit français fait place, à côté des possesseurs *animo domini*, à une autre catégorie de possesseurs que M. Saint-Alary, à la suite de M. Quincarlet, désigne sous le nom de « détenteurs partiels, possesseurs partiels » [63]. Ce sont tous ceux qui possèdent sur la chose un droit réel ; ils sont détenteurs à l'égard du droit de propriété, mais possesseurs en ce qui concerne leur droit réel. « Pour le droit réel qui lui a été consenti, explique M. Saint-Alary, il (le possesseur partiel) se comporte comme un possesseur, et l'exerce pour son propre compte, *proprio nomine* ; il a donc l'*animus rem sibi habendi*. Pour le droit de propriété, au contraire, il reporte le bénéfice des actes de possession qu'il lui sera donné d'accomplir à celui qui lui a transféré la chose. » [64]. Ainsi, l'usufruitier, l'usager, l'habituaire, le superficiaire sont possesseurs de leur droit réel ; ils bénéficient de la protection possessoire [65]. De même, le créancier gagiste est possesseur en ce qui concerne son droit réel de gage ; et la jurisprudence lui a reconnu à ce titre le droit d'invoquer l'article 2279 (en fait de meuble, possession vaut titre) pour repousser la revendication du véritable propriétaire de la chose remise en gage [66].

62. Cf., Ripert et Boulanger, t. I, n° 3538.
63. Quincarlet, *op. cit.*, p. 283. — Saint-Alary, *op. cit.*, p. 66.
64. *Op. cit.*, p. 67.
65. Cf., Saint-Alary, *op. cit.*, p. 69 et 197.
66. Req., 12 mars 1888 : D. 1888.1.404 ; S. 1888.1.264. — 23 octobre 1905 : D. 1906.1.7. — Civ., 19 juin 1928 : D. 1929.1.45. — Voir, Quincarlet, *op. cit.*, p. 294-318. — Saint-Alary, *op. cit.*, p. 199, 210.

b) *La situation du preneur au regard de la possession et la nature juridique de son droit*

139. On voit apparaître facilement les conclusions que l'on peut tirer de ces solutions au regard de la situation faite au preneur et de la nature juridique de son droit.

Du point de vue législatif, la reconnaissance au preneur de la qualité de possesseur va dépendre du fondement que l'on donne à la protection possessoire et du rôle que l'on veut lui faire jouer.

Si l'on veut faire de la possession un moyen de protection de la propriété privée, « un ouvrage avancé de la propriété », on sera nécessairement conduit à en restreindre le domaine à ceux qui se comportent en fait comme le propriétaire et prétendent exercer un droit de propriété. Seuls, les possesseurs *animo domini* bénéficieront de la protection possessoire.

Mais si l'on adopte une conception beaucoup plus large, si l'on voit dans la protection possessoire une institution au service du maintien de l'ordre public, une protection particulière et provisoire accordée à ceux qui se comportent extérieurement comme le titulaire d'un droit, il n'y a pas, *à priori*, de raison d'en refuser le bénéfice au preneur.

En fait, l'expérience montre que de tout temps on a accordé une certaine protection juridique à des personnes qui ne possédaient pas *animo domini*. Il s'agit donc de savoir s'il y a des raisons particulières qui permettent, ou ne permettent pas, de faire figurer le preneur parmi ces personnes. Et il faut remarquer que, pratiquement, la question ne se présente pas différemment selon la théorie que l'on adopte sur la notion de possession. Il n'y a en somme qu'une différence de principe entre la théorie subjective et la théorie objective. Pour Savigny, la règle, en dehors de la possession *animo domini*, c'est la détention ; la possession est l'exception ; pour admettre un cas de « possession dérivée », il faudra trouver les raisons qui justifient l'octroi exceptionnel de la protection possessoire. Pour Ihering, au contraire, la règle, c'est la possession ; la détention est l'exception ; pour refuser à une personne, qui détient matériellement une chose en vue d'exercer un droit, la qualité de possesseur et la protection possessoire, il faudra établir qu'il y a des raisons particulières qui justifient une telle solution.

Ainsi, dans le droit romain, le refus de la protection possessoire au preneur s'explique par des considérations sociales et économiques propres à la situation des fermiers et locataires à cette époque. Bien que sur ce point les historiens en soient

réduits aux conjectures, car nous ne connaissons qu'imparfaitement la fonction sociale du bail à ferme et à loyer chez les Romains [67], ils ont cependant insisté sur l'état de dépendance où se trouvait le locataire à l'égard du bailleur. Ihering s'est efforcé de montrer que l'on trouvait la plus grande affinité entre le rapport de détention du fermier et du locataire et le rapport de détention domestique [68]. Et Dernburg explique que « les Romains refusaient aux fermiers et locataires la protection possessoire, parce que ceux-ci appartenaient couramment aux classes nécessiteuses et que les bailleurs se figuraient ne pouvoir maintenir l'ordre que si locataires et fermiers étaient maintenus dans une dépendance absolue » [69]. « De toute façon, il est certain, conclut M. Cornil, que l'on fait fausse route en cherchant une explication purement logique et superficielle de la détention des fermiers et locataires romains, et que c'est sur le terrain économique et social que la solution de ce problème peut être utilement cherchée. » [70].

On ne saurait aujourd'hui invoquer une quelconque dépendance sociale pour refuser aux preneurs la protection possessoire. Et sur le terrain économique, en ce qui concerne l'utilisation et la jouissance de la chose, les preneurs profitent également de la plus grande indépendance ; si, en matière de bail rural, les lois modernes ont obligé les fermiers et métayers à appliquer certaines méthodes de culture ou d'élevage, ce n'est pas en fonction des directives et dans l'intérêt du bailleur, mais d'après les avis de la Commission consultative des baux ruraux, et dans l'intérêt général de la production agricole [71]. On ne voit pas par conséquent quelle sorte de dépendance à l'égard du bailleur pourrait expliquer aujourd'hui le refus de la protection possessoire au preneur.

Si l'on envisage la question d'un point de vue utilitaire, il ne fait aucun doute que le preneur a le plus grand intérêt à se voir accorder la protection possessoire, car la détention matérielle et paisible de la chose louée est la condition primordiale de l'exercice de son droit. Lorsqu'on dit que le preneur détient pour le compte d'autrui, on veut simplement expliquer pourquoi le bailleur, qui n'a plus effectivement la détention matérielle de la chose, donc qui paraît ne plus avoir le *corpus possessionis*,

67. Cf., G. Cornil, *op. cit.*, p. 56.
68. Ihering, *Du rôle de la volonté...*, p. 100 et s.
69. Dernburg, *Entwicklung und Begriff des Besitzes*, p. 68.
70. Cornil, *op. cit.*, p. 60.
71. V., ord. 17 octobre 1945, art. 18, al. 5, et 28, al. 2. — Ourliac et de Juglart, *op. cit.*, n° 252. — R. Savatier, *Manuel juridique...*, n° 56.

conserve cependant la possession. Mais il ne faut pas donner à cette formule plus de valeur qu'à l'explication qu'elle est destinée à fournir. On conçoit très bien que le propriétaire conserve sa qualité de possesseur *animo domini*, malgré qu'il ait loué la chose ; mais il n'en reste pas moins que le locataire désire obtenir et obtient la détention matérielle pour son propre compte, dans son intérêt personnel, en vue de pouvoir exercer son droit, *animo locatoris*. D'autre part, on ne voit pas comment l'octroi de la protection possessoire au preneur pourrait porter atteinte aux intérêts du bailleur ; les actions possessoires ne mettent pas en cause le fonds du droit ; son droit de propriété ne serait pas menacé ; et, de plus, sa qualité de possesseur *animo domini* lui permettrait en tout état de cause d'agir personnellement contre les auteurs d'un trouble possessoire.

Il faut remarquer enfin que la tendance indiscutable des législations modernes est de tenir les fermiers et locataires pour possesseurs [72]. « Tendance à peine enrayée encore dans quelques pays, ajoute M. Cornil, par une sorte de fétichisme irraisonné pour le droit romain, même dans ses institutions surannées. » [73]. Sans faire nôtres ces paroles qui présenteraient un caractère irrévérentieux pour notre droit, il faut reconnaître que, sous la pression des nécessités pratiques, la jurisprudence française a été amenée à accorder une certaine protection possessoire aux preneurs par le biais d'une application extensive de l'action en réintégrante [74].

140. Si l'on se place maintenant sur le terrain du *droit positif français*, tel qu'il résulte des solutions jurisprudentielles et de la conception doctrinale classique, on peut affirmer que *le refus de la protection possessoire au preneur ne saurait être une preuve de la nature personnelle de son droit.* Ce refus est au contraire la conséquence de l'adoption de la théorie du droit personnel. C'est parce que l'on n'accorde au preneur aucun droit réel sur la chose louée et qu'on ne lui reconnaît qu'un droit personnel contre le bailleur, qu'on ne le considère pas comme un possesseur partiel, mais comme un simple détenteur, et qu'on ne ne lui permet pas d'exercer les actions possessoires. Cette façon de raisonner apparaît très nettement chez M. Saint-Alary qui, pour rechercher si le preneur peut être considéré comme un pos-

72. V., pour le droit allemand et le droit suisse, Saint-Alary, *op. cit.*, p. 113-121.
73. Cornil, *op. cit.*, p. 60.
74. Cf., Saint-Alary, *op. cit.*, p. 145-157.

sesseur partiel, commence par prendre position sur la distinction générale des droits réels et des droits de créance, et sur la nature du droit du preneur [75]. Et nous rappellerons un passage de M. Quincarlet que nous avons déjà cité, mais qui est, à ce sujet, très caractéristique de la conception française : « Le locataire, le fermier, le commodataire dans le prêt à usage ne sont pas considérés comme des possesseurs parce qu'ils ne prétendent pas avoir un droit réel sur la chose louée ou prêtée, mais seulement un droit de créance. » [76]. C'est aussi la façon de raisonner de la jurisprudence qui refuse au preneur l'exercice de la complainte « parce qu'il n'a qu'un droit personnel » [77].

Ainsi, *la différence existant en droit français entre le preneur et l'usufruitier, au sujet de la possession et de la protection possessoire, ne justifie pas une différence de la nature juridique de leur droit.* Elle ne trouve de fondement dans aucun texte ; l'article 2236, nous l'avons vu, qualifie de possesseur précaire aussi bien l'usufruitier que le locataire. Elle est la conséquence d'une conception particulière de la possession et d'une prise de position préalable sur la nature du droit exercé. C'est même l'un des intérêts de la controverse sur la nature juridique du droit du preneur. Reconnaître au preneur un droit réel, c'est, en effet, en l'état actuel du droit français en matière de possession, lui reconnaître la qualité de possesseur partiel ; « ce serait, écrit M. Saint-Alary, autoriser locataires et fermiers à intenter la complainte, à bénéficier d'une protection possessoire complète » [78].

Mais, rationnellement, on concevrait fort bien que la protection possessoire fût accordée au preneur, même si on ne lui reconnaissait qu'un simple droit de créance. C'est en général la solution à laquelle se rallient les partisans des théories objectives, et c'est en particulier celle qu'acceptait Saleilles, puisqu'il estimait que la protection possessoire devrait être accordée, du moins à l'égard des tiers, à tout détenteur même subordonné [79].

75. Quincarlet, *op. cit.*, p. 283-284.
76. Cf., Req., 18 janvier 1893 : S. 1893.1.237.
77. V., *supra*, n° 133, en note.
78. Saint-Alary, *op. cit.*, p. 72. — Cf., R. Savatier, *Manuel juridique...*, n° 58, qui estime que la complainte doit aujourd'hui être accordée au preneur « parce qu'il a désormais un droit réel ».
79. V., Saleilles, *De la possession des meubles*, p. 25.

CHAPITRE II

Les rapports du preneur avec les tiers

141. Il semble que ce soit dans l'efficacité du droit à l'égard des tiers que l'on doive trouver une différence essentielle entre preneur et acquéreur. Le preneur jouirait par l'intermédiaire du bailleur, en ce sens qu'il serait obligé de faire appel à ce dernier pour que sa jouissance soit respectée des tiers. Il en résulterait qu'il n'aurait qu'un simple pouvoir de fait sur la chose et non un droit ; car, dans la théorie classique, on ne peut avoir de droit sur une chose que dans la mesure où l'on peut opposer directement ce droit à tous les tiers. Ainsi s'expliquerait également que l'acquéreur ait un droit direct sur la chose, car il peut, à la différence du preneur, faire respecter directement son droit par tous les tiers sans recourir à une personne juridiquement obligée.

Dans quelle mesure et pour quelles raisons le preneur est-il obligé de faire appel au bailleur pour assurer le respect de son droit ? C'est ce qu'il nous faut voir afin d'apprécier la valeur des conclusions que l'on peut en tirer quant à la nature juridique de ce droit.

SECTION I

Les ayants cause à titre particulier du bailleur

142. Le preneur peut tout d'abord se trouver en conflit avec des ayants cause à titre particulier du bailleur, c'est-à-dire avec des personnes qui ont acquis des droits sur le bien loué du chef du bailleur. Dans quelle mesure et à quelles conditions peut-il leur opposer son droit ? Il faut à cet égard distinguer selon que le conflit se présente avec un acquéreur d'un droit réel sur la chose louée, avec un créancier chirographaire du bailleur, ou avec un autre preneur qui aurait obtenu un droit concurrent sur la même chose.

§ 1

Conflit avec les tiers acquéreurs

143. La mesure de l'opposabilité du droit du preneur au tiers acquéreur de l'immeuble loué a été déterminée par *l'article 1743 du Code civil*. L'acquéreur ne peut expulser le preneur qui a un bail authentique ou ayant date certaine. Le texte de l'article 1743 ne parle que de la vente, mais il est unanimement admis que la solution doit être généralisée et appliquée à toute sorte d'aliénation, totale ou partielle, à titre onéreux ou à titre gratuit [1].

Ce texte accorde donc au preneur, sous certaines conditions qui ont pu être comparées à des conditions de publicité, un droit de suite analogue à celui dont bénéficiaient les titulaires d'un droit réel. Et l'on ne peut manquer de comparer cette disposition à celle de l'article 621, relatif à l'usufruit, qui stipule : « La vente de la chose sujette à usufruit ne fait aucun changement dans le droit de l'usufruitier ; il continue de jouir de son usufruit, s'il n'y a pas formellement renoncé. »

On sait tout le parti que Troplong et ses disciples ont tiré de cet article pour établir la réalité du droit du preneur. Mais l'on sait aussi que l'argument n'a pas convaincu les partisans du droit personnel.

Ceux-ci ont tout d'abord rappelé l'origine historique de l'article 1743 qui apparaît comme une consécration légale de la clause qui s'était généralisée dans l'Ancien Droit et qui imposait à l'acquéreur le maintien du bail [2].

Ce sens historique de la règle a permis d'y voir une application de la stipulation pour autrui ; « le vendeur stipulerait de l'acquéreur que celui-ci remplira les obligations dérivant du bail au profit du locataire » [3]. Mais cette explication n'est pas pleinement satisfaisante [4]. On est, en effet, obligé de faire appel à l'idée de présomption irréfragable, pour expliquer le caractère impératif de l'obligation qui s'impose à l'acquéreur, car celui-ci ne peut s'y soustraire que si le vendeur a dans le contrat de bail

1. Baudry-Lacantinerie et Wahl, t. I, n° 1271 et s. — Beudant, Lerebours-Pigeonnière et Brèthe de la Gressaye, n° 543.
2. Cf., Lepargneur, *De l'effet à l'égard de l'ayant cause particulier des contrats générateurs d'obligations*, Rev. trim. dr. civ., 1924, p. 550. — Comp., Gaudemet, *Etude sur le transport des dettes à titre particulier*, thèse, Dijon, 1898, p. 393. — Colin, Capitant et Julliot de la Morandière, t. II, n° 1003.
3. V., les critiques de M. Fr. Gény, Rev. crit., 1899, p. 464.
4. V., Lepargneur, *loc. cit.*

expressément réservé la faculté d'expulsion au cas d'aliénation [5].

De même, il n'est pas suffisant de voir dans cette règle une simple application extensive du principe *Nemo plus juris transferre potest quam ipse habet* [6], bien que ce soit la justification de l'article 1743 donnée par les auteurs du Code civil [7]. Cette opinion explique bien que l'acquéreur soit tenu de respecter et de subir l'occupation du preneur, mais elle ne suffit pas à justifier la solution unanimement admise aujourd'hui et expressément consacrée par la jurisprudence, qui impose à l'acquéreur toutes les obligations dont était tenu le bailleur [8].

Aussi, a-t-on pu voir dans la règle de l'article 1743 un cas exceptionnel de transmission à l'ayant cause à titre particulier des droits et obligations relatifs au bien transmis. Cet article serait, en somme, dans une certaine mesure, une exception au principe de l'effet relatif des conventions, formulé par l'article 1165 du Code civil [9].

Au reste, toutes ces explications n'ont qu'une valeur bien secondaire dans la mesure où l'on est d'accord sur les effets de la règle. C'est pourquoi certains auteurs constatent simplement que l'article 1743 impose une obligation particulière à l'acquéreur dans l'intérêt du preneur, et ils insistent, en revanche, sur les considérations pratiques, principalement d'ordre économique, qui ont guidé le législateur [10].

5. Cette réserve n'est d'ailleurs plus permise en matière de baux ruraux ; cf., art. 1743, al. 2, modifié par l'ordonnance du 17 octobre 1945.

6. V., Aubry et Rau, t. V, 6e éd., par P. Esmein, § 369, n° 32.

7. Cf., rapport de Mouricault au Tribunat et discours Jaubert (Fenet, t. XIV, p. 330 et 352).

8. Cf., Req., 25 avril 1893 : D. 1893.1.287 ; S. 1893.1.464. — 31 mars 1897 : D. 1897.1.214 ; S. 1901.1.458.

9. V., Weill, thèse citée, n° 523. — Du Garreau de la Méchenie, *La vocation de l'ayant-cause à titre particulier aux droits et obligations de son auteur*, Rev. trim. dr. civ., 1944, p. 231. — Comp., Mourlon, Rev. pratique, 1870, p. 198.

10. Cf., Maxime Chauveau, art. précité, Rev. crit., 1931, n° 24. — Daïnow, thèse citée, p. 69-70. — De Juglart, thèse citée, p. 320. — Saint-Alary, thèse citée, p. 152-153. — Le doyen Chauveau a particulièrement insisté sur les considérations économiques qui ont dicté la solution, et qui expliquent les fluctuations successives de celle-ci. D'après lui, l'inopposabilité du bail à ferme à l'acquéreur s'expliquerait, en droit romain, par l'influence prépondérante des propriétaires fonciers qui faisaient prévaloir leur loi. La solution du Code civil serait la conséquence d'un désir du législateur de protéger plus efficacement les fermiers et de favoriser la bonne culture des terres. (Comp., Fr. Gény, Rev. crit., 1899, p. 464, pour qui l'article 1743 s'explique par « la prépondérance de la situation du locataire dans la balance des intérêts en présence »). On voit alors tout le sens que prend la disposition de l'ord. du 17 octobre 1945, qui a modifié l'article 1743 pour interdire au bailleur de biens ruraux de réserver la faculté d'expulsion au cas d'aliénation du bien.

144. De toutes les discussions qui ont entouré l'article 1743 et sur lesquelles il est inutile de revenir, car elles sont trop connues [11], il suffit de retenir pour notre étude deux idées qui ont été suffisamment mises en relief pour que nous n'ayons pas besoin d'y insister longuement : à savoir, que *l'article 1743, s'il se concilie avec la théorie de la réalité, n'est pas suffisamment expliqué par la notion de droit réel ; et, inversement, que cet article ne suffit pas à justifier le caractère réel du droit du preneur.*

De la seule notion de droit réel, on peut, en effet, conclure que la jouissance du preneur devra être respectée par tous ceux qui acquerront la chose ; mais cette notion ne suffit pas à expliquer que l'acquéreur soit chargé d'entretenir le bail, autrement dit soit tenu des obligations personnelles qui incombaient au vendeur [12]. Ainsi, on peut dire que, malgré l'adoption formelle de la théorie de la réalité, l'article 1743 eût encore été nécessaire, non pour expliquer l'opposabilité à l'acquéreur du droit de jouissance du preneur, mais pour permettre à celui-ci d'exiger de celui-là l'exécution des obligations personnelles découlant du contrat de bail.

Inversement, il faut reconnaître que l'article 1743 n'est pas suffisant pour prouver que le preneur obtient un droit réel de jouissance. « La question du caractère réel ou personnel du droit du preneur, écrit à ce sujet le Doyen Maxime Chauveau, est restée tout à fait étrangère à la disposition de l'article 1743. Nulle part, dans les travaux préparatoires, ni à Lyon, ni au Conseil d'Etat, ni au Tribunat, ni devant le Corps législatif, l'on n'a rattaché l'article 1743 à la réalité du droit du preneur. En le considérant comme personnel, le législateur, guidé par certaines considérations économiques, pouvait le rendre opposable à l'acquéreur, et, tout en le considérant comme réel, pouvait, sous l'influence d'autres considérations, réserver à l'acquéreur la faculté d'expulsion. » [13]. Et le même auteur a pu reprocher à Troplong d'avoir contribué à discréditer l'opinion favorable à la réalité en l'appuyant sur l'argumentation trop faible de l'article 1743.

145. En ce qui concerne les *baux de plus de 18 ans*, l'article 1743 doit être complété par la loi du 23 mars 1855. L'article 3, alinéa 2 de cette loi soumet les baux supérieurs à 18 ans à trans-

11. V., outre les auteurs déjà cités, Baudry-Lacantinerie et Wahl, t. I, n° 1282 et s. — Demogue, *Traité des obligations*, t. VII, n° 690 et s. — Daïnow, thèse citée, p. 66 et s.
12. Cf., Ripert et Boulanger, t. II, n° 2674.
13. Maxime Chauveau, *loc. cit.*

cription pour pouvoir être opposables aux tiers. A défaut de cette formalité, l'opposabilité du bail sera réduite à 18 ans [14].

L'analogie avec le mode d'opposabilité des droits réels est particulièrement frappante. Mais la solution, en elle-même, ne peut fournir aucun argument décisif en faveur de la personnalité du droit du preneur. On peut très bien considérer que le droit du preneur est un droit réel, mais un droit réel qui, par exception à la règle posée par l'article 1er de la loi de 1855, n'est soumis à transcription que lorsqu'il dépasse une certaine durée. Inversement, et c'est, semble-t-il, l'interprétation conforme à l'état d'esprit des législateurs de 1855, on peut concevoir que le droit du preneur ne soit qu'un droit de créance, mais que son opposabilité soit exceptionnellement subordonnée à la formalité de la transcription lorsque la durée du bail dépasse 18 ans [15].

§ 2

Conflit avec les créanciers du bailleur

146. Le conflit possible entre le preneur et les créanciers saisissants du bailleur est également réglé par un texte : *l'article 684 du Code de Procédure civile*, modifié par le décret-loi du 17 juin 1938. Ce texte a donné lieu aux mêmes discussions que l'article 1743 du Code civil.

Les partisans du droit réel y ont vu la preuve d'un droit de préférence accordé au preneur à l'encontre des créanciers, puisqu'il résulte de cet article que les baux qui auront acquis date certaine avant le commandement de saisie devront être respectés tant par l'adjudicataire que par les créanciers saisissants. La situation du preneur a pu ainsi être comparée à celle du titulaire d'un droit réel sur la chose saisie, qui agit par voie de distraction afin de faire respecter son droit [16].

Les défenseurs du droit personnel ont répondu que la solution de l'article 684 était déjà consacrée dans l'Ancien Droit, où le caractère exclusivement personnel du droit du preneur n'était pourtant pas discuté [17]. On a fait remarquer, d'autre part, que

14. On n'est pas encore d'accord sur la façon d'opérer cette réduction ; v., Weill, *La sanction du défaut de transcription des baux de plus de dix-huit ans*, D. 1949, chr., p. 73.

15. Cf., Daïnow, thèse citée, p. 44. — Beudant, Lerebours-Pigeonnière et Brèthe de la Gressaye, n° 545.

16. Beudant, Lerebours-Pigeonnière et Brèthe de la Gressaye, n° 538.

17. Cf., Beudant, Lerebours-Pigeonnière et Brèthe de la Gressaye, n° 542. — V., cependant, Dugast, thèse citée, p. 55 à 62, qui montre que, dans l'Ancien Droit, la situation était différente de celle qui résulte aujourd'hui de l'article 684.

cette règle n'était qu'une conséquence du caractère particulier de l'obligation du bailleur, qui n'est pas une obligation pécuniaire, mais une obligation de faire ; or, la contribution au marc le franc entre les créanciers n'est vraiment applicable qu'aux obligations de sommes d'argent ; au contraire, les obligations de faire ou de ne pas faire échappent souvent à la loi du concours [18]; et l'on sait d'ailleurs qu'un règlement par ordre de préférence n'est nullement incompatible avec un conflit de droits personnels [19]. Enfin, on a observé que l'article 684 n'était, en somme, qu'une application particulière de l'article 1743 ; car, les créanciers qui saisissent et font vendre l'immeuble ne peuvent le transmettre à l'adjudicataire qu'avec la charge des baux, comme l'aurait pu faire leur débiteur lui-même, s'il avait vendu à l'amiable [20].

La valeur de cette dernière observation se trouve renforcée si l'on admet que le commandement de saisie crée un véritable droit réel au profit du créancier saisissant, solution que paraît avoir consacrée le décret-loi du 17 juin 1938, qui a soumis le commandement de saisie à la formalité de la transcription [21]. Le commandement entraîne l'indisponibilité du bien au profit des créanciers ; il opère à l'instar d'une sorte d'aliénation.

Ainsi, sans entrer dans une analyse plus détaillée de l'article 684, et de ses conséquences, on peut tirer ici une conclusion semblable à celle que nous avons pu faire à propos de l'article 1743. Les conflits entre le preneur et les créanciers du bailleur sont réglés d'une façon particulièrement favorable au preneur ; *la solution qui résulte de l'article 684 assure au preneur une opposabilité très forte de son droit, analogue à celle dont bénéficient les titulaires d'un droit réel ; mais cette solution, si elle est favorable à la théorie de la réalité, n'infirme pas pour autant la théorie du droit personnel.*

18. Cf., Boulanger, *Les conflits entre des droits qui ne sont pas soumis à publicité*, Rev. trim. dr. civ., 1935, p. 545 et s.
19. Colin, Capitant et Julliot de la Morandière, t. II, n° 1005.
20. Planiol et Ripert, *Traité élémentaire de droit civil*, t. II, 12e éd., n° 1710.
21. Cf., Pierre Hébraud, *La réalisation des droits du créancier dans la saisie immobilière*, D.H., 1939, chron., p. 21 et s., § 2.

§ 3

Conflit entre deux preneurs concurrents

147. Il peut arriver que le bailleur loue successivement la même chose, pour une même époque, à deux personnes différentes. Il va en résulter un conflit entre les deux preneurs qui voudront exercer le même droit. Ce conflit n'a été expressément réglé par aucun texte, et les auteurs qui s'y sont intéressés lui ont donné des *solutions* assez diverses [22].

L'opinion généralement suivie en doctrine peut se résumer de la façon suivante. Tout d'abord, au cas où les baux ont date certaine, la préférence serait accordée à celui dont le contrat est le plus ancien. En l'absence de contrat ayant date certaine, celui des preneurs qui est le premier entré en possession serait préféré. Enfin, lorsqu'aucun des preneurs n'a été mis en possession, certains auteurs ont proposé de recourir à une licitation, tandis que d'autres accordent la préférence à celui dont le bail a la date la plus ancienne [23].

La Cour de Cassation ne s'est jamais prononcée sur cette difficulté ; la seule fois où elle lui a été soumise, elle a pu l'éluder en raison des circonstances particulières de l'affaire [24]. Les décisions des autres juridictions ne sont pas unanimes, mais, d'une manière générale, elles accordent la préférence au preneur dont le bail a la date la plus ancienne [25].

148. M. Boulanger a montré combien ces solutions paraissaient fortement marquées par la théorie de la réalité. « Le procédé, écrit-il, qui consiste à préférer le titre ayant eu le premier date certaine, est sans aucun doute la copie du procédé qui permettait, avant 1855, de dénouer le différend entre deux acqué-

22. V., Duvergier, *Contrat de louage*, t. I, n°s 46 et 243. — Guillouard, *Du louage*, t. I, n°s 23 et 29. — Laurent, t. XXV, n° 128. — Demante et Colmet de Santerre, t. VII, n° 198 *bis*. — Baudry-Lacantinerie et Wahl, t. I, n° 138 et s. — Planiol, Ripert et Perreau, n° 549. — Beudant, Lerebours-Pigeonnière et Brèthe de la Gressaye, n° 541. — Dugast, thèse citée, p. 196-200. — Boulanger, art. cit., n° 20 et s.

23. V., l'exposé de ses solutions dans Baudry-Lacantinerie et Wahl, *loc. cit.* — Cf., *Dugast*, op. cit., p. 196 et s. — Boulanger, *op. cit.*, n° 20.

24. Civ., 19 mai 1857 : D. 1857.1.367 ; S. 1857.1.513.

25. Rouen, 15 mars 1869 : D. 1871.2.78. — Trib. civ., Seine, 2 août 1907 : Gaz. Pal. 1907.2.434. — Aix, 3 mars 1948 : J.C.P. 1948.II.4424, obs. J.G.L. — Paris, 21 juillet 1949 : D.1950.J.133, note H. Lalou. — *Contra*, Lyon, 30 juillet 1881 : D. 1882.2.232. — Comp., Paris, 16 juillet 1931 ; Gaz. Pal. 1931.2.509. — Trib. civ., Seine, 14 février 1921 : Gaz. Pal. 1921.1.555.

reurs successifs d'un même immeuble. En reconnaissant par ailleurs au premier preneur la qualité d'un véritable possesseur, on ne peut pas signifier plus clairement qu'on le considère comme un titulaire de droit réel, puisqu'au sens strictement juridique du mot il n'y a pas de possession des créances... Quant à la règle de conflit qui nécessite la mise en œuvre de la licitation, elle offre matière à une démonstration facile : la licitation implique une indivision qui implique à son tour une chose indivise, autrement dit un droit réel. » [26].

Prenant pour acquis que le droit du preneur n'est pas un droit réel, mais un simple droit de créance, M. Boulanger fait alors application, à ce conflit entre deux preneurs, des règles de solution des conflits entre droits de créance non soumis à publicité, règles qu'il avait auparavant brillamment dégagées. En logique pure, en effet, tout conflit de droit pour lequel le législateur n'a pas prévu un mode particulier de solution devrait se régler par la priorité de date : *Prior tempore, potior jure ;* mais l'application des principes généraux de notre droit, et des règles d'équité les plus élémentaires, montre que le créancier qui a, de bonne foi, acquis son droit et qui en a obtenu l'exécution, ne peut être inquiété ; en sorte qu'en matière de droit de créance, c'est la priorité dans l'exécution qui constitue pratiquement la règle de conflit [27] ; selon l'heureuse expression de M. Boulanger, si le second créancier est de bonne foi, « c'est le débiteur qui a la maîtrise du conflit » [28]. Appliqués à l'hypothèse particulière du conflit entre deux preneurs, ces principes conduisent à accorder la priorité à celui qui est entré le premier en jouissance, à la condition qu'il fût de bonne foi [29]. Et M. Boulanger se défend de réintroduire ainsi la notion de possession qu'il juge « incompatible avec la théorie du droit du preneur — droit personnel », car « l'entrée en jouissance du locataire n'est considérée que comme une manifestation de la volonté que le débiteur propriétaire a eue d'exécuter en nature tel contrat plutôt que tel autre, comme une circonstance simplement révélatrice de son choix » [30].

De ce rapide exposé, nous retiendrons deux choses : tout d'abord, que les solutions généralement admises paraissent conformes à la théorie de la réalité plutôt qu'à celle de la per-

26. Boulanger, *op. cit.*, p. 577.
27. Cf., Boulanger, *op. cit.*, n° 5 et s.
28. *Op. cit.*, p. 580.
29. Cf., Trib. civ., Seine, 14 février 1921 : Gaz. Pal. 1921.1.555.
30. *Op. cit.*, n° 22, p. 581.

sonnalité du droit du preneur ; mais, en second lieu, que *l'on ne saurait tirer argument de ces solutions pour se prononcer sur la nature du droit du preneur*, puisqu'en l'absence de texte réglant expressément le conflit, *c'est, au contraire, une prise de position préalable sur la nature de ce droit qui permettra de déterminer et de justifier les solutions admissibles.*

SECTION II

Les autres tiers

149. La situation faite au preneur au cas de trouble apporté à sa jouissance par un tiers est-elle différente de celle faite à l'acquéreur ou à l'usufruitier ? Et, s'il existe des différences, quelles en sont les raisons profondes ? Justifient-elles une différence de la nature juridique de leur droit ?

Il faut à cet égard distinguer, comme le fait le Code, suivant qu'il s'agit de trouble de fait ou de trouble de droit.

§ 1

Troubles de fait

150. Pothier définissait le trouble de fait : « celui qui ne consiste que dans les voies de fait sans que ceux qui ont apporté le trouble prétendent avoir aucun droit dans l'héritage ou par rapport à l'héritage » [31].

De ces troubles, le bailleur n'est pas garant (art. 1725, C. civ.) ; il ne pourrait être responsable que s'il était possible de relever contre lui une faute ou une négligence qui soit cause du préjudice subi par le preneur [32]. Mais, dans tous les cas, le preneur a qualité pour poursuivre en son nom personnel l'auteur du trouble ; il pourra à ce titre demander des dommages-intérêts ou une

31. Pothier, *Du louage*, t. I, n° 81 ; voir les exemples de trouble de fait que donne cet auteur. — Cf., Planiol, Ripert et Perreau, n° 521.

32. C'est en particulier la solution qui se dégage des décisions jurisprudentielles relatives au cas de vols commis au préjudice du locataire dans les appartements d'immeubles loués bourgeoisement, et qui semble devoir être étendue au cas de trouble de fait dû à un co-locataire. — Cf., *supra*, n° 113.

remise des choses en l'état, s'il y a lieu et si c'est possible. « Ainsi, écrit M. B. Perreau, qui analyse la jurisprudence [33], un fermier, gêné dans sa jouissance par les branches des arbres qui avancent sur son fonds, peut contraindre, par voie d'action, le propriétaire voisin à élaguer ses arbres [34] ; le locataire d'un moulin peut demander en justice la suppression d'un barrage établi par un tiers dans des conditions qui nuisent à sa jouissance, et cela alors même que l'établissement de ce barrage aurait été antérieur au bail [35] ; le locataire du droit de chasse a qualité pour poursuivre les délits de chasse commis par les tiers à son préjudice. » [36].

La situation du preneur n'est donc, en cette matière, en aucun point différente de celle d'un propriétaire ou d'un usufruitier. Comme eux, il peut poursuivre seul et en son nom personnel les tiers qui portent atteinte à son droit par de simples voies de fait.

Le tribun de Mouricault a donné la raison essentielle de cette solution : par les voies de fait, « c'est le preneur seul que les tiers attaquent, c'est à sa jouissance personnelle qu'ils attentent » [37]. Et l'on peut dire que si le preneur a qualité pour agir seul, c'est parce que le trouble de fait ne met pas en jeu le droit du bailleur sur la chose louée [38]. Il n'en est pas de même au cas de trouble de droit.

§ 2

Troubles de droit

151. Il y a trouble de droit lorsque le tiers, auteur du trouble, prétend exercer un droit sur le bien loué [39]. Ce trouble peut se manifester de deux façons différentes que distingue l'article 1727 du Code civil, selon l'attitude prise par le tiers.

Tout d'abord, le trouble de droit peut résulter d'une action intentée par un tiers et « tendant à faire condamner le preneur au délaissement de la totalité ou de partie de la chose louée ou

33. Planiol, Ripert et Perreau, n° 521.
34. Req., 19 juillet 1920 : S. 1921.1.132.
35. Req., 12 juillet 1892 : S. 1896.1.510.
36. Rennes, 13 juillet 1887 : S. 1890.2.33.
37. V., Fenet, t. XIV, p. 327.
38. Cf., Planiol, Ripert et Perreau, n° 521.
39. Sur les troubles de droit et l'obligation de garantie du bailleur, voir, A. Vergnes, *De la garantie dans les contrats à titre onéreux*, thèse, Toulouse, 1934, p. 93 et s. — Ibéro, thèse citée, p. 160 et s.

à souffrir l'exercice de quelque servitude » (art. 1727). Sans exercer une emprise de fait sur la chose louée, l'auteur du trouble agit au pétitoire ou au possessoire pour faire reconnaître son droit et évincer le preneur.

Mais il y a également trouble de droit lorsqu'un tiers se livre à des voies de fait, ou à une emprise directe ou indirecte, sur le bien loué et répond à l'action en réparation intentée par le preneur en prétendant n'avoir fait qu'user des droits qu'il possède. Par exemple, un tiers laboure un champ du domaine affermé et, devant les protestations du locataire ou en réponse à l'action en dommages-intérêts intentée par ce dernier, il prétend être propriétaire de ce champ. Autre exemple, tiré de la jurisprudence : le riverain d'un cours d'eau, propriétaire d'une usine, utilisant la force hydraulique de ce cours d'eau, supprime un barrage dont profitait le locataire d'une usine située en amont, et il défend à l'action de ce locataire en prétendant n'avoir fait qu'exercer ses droits sur le cours d'eau [40].

Dans l'une et dans l'autre hypothèse, la prétention juridique du tiers empêche le preneur de poursuivre seul l'action. « Le preneur, dit l'article 1727, doit appeler le bailleur en garantie et doit être mis hors d'instance s'il l'exige, en nommant le bailleur pour lequel il possède. »

Il faut tout de suite rapprocher cette solution de la situation faite à l'usufruitier qui, comme le propriétaire et comme tout titulaire du droit réel, peut défendre seul son droit contre les prétentions des tiers. On reconnaît, en effet, à l'usufruitier qualité pour intenter toutes les actions réelles, analogues à celles que le droit commun confère au propriétaire ; lorsqu'il est troublé dans sa jouissance, il peut agir au possessoire ou au pétitoire contre l'auteur du trouble, même si celui-ci se prétend propriétaire du bien [41].

La différence entre la situation du preneur et celle de l'usufruitier est donc certaine ; et l'on y a vu un argument essentiel en faveur de la théorie du droit personnel. « Pour que le preneur eût un droit réel, a écrit Roguin, il faudrait qu'il eût, de même

40. Cf., Civ., 8 juillet 1920 : Gaz. Pal. 1920.2.289 ; S. 1921.1.106 ; D. 1922. 1.57. — Comp., Req., 6 août 1841 ; D. 1841.1.293 ; S. 1841.1.852.
Il n'est pas toujours aisé, en ce cas, de distinguer le trouble de droit consécutif à une voie de fait, du simple trouble de fait. Sur cette distinction, voir les notes de Wahl, S. 1899.2.1 et S. 1916.2.1.

41. Cf., Demolombe, t. X, n° 337.344. — Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n° 553. — Planiol, Ripert et Picard, t. III, n° 556. — Beudant, Lerebours-Pigeonnière et Voirin, t. IV, n° 414. — Cass., 14 décembre 1840 : S. 1841.1.237. — 5 mars 1850 : D. 1850.1.78 ; S. 1850.1.377. — Lyon, 10 janvier 1906 : S. 1907.2.101.

que l'usufruitier, la faculté de se défendre contre les tiers, de revendiquer l'objet de son bail, bref de l'utiliser juridiquement, dans de certaines limites au moins, sans faire appel au bailleur plus qu'à un homme quelconque. » [42].

152. Il ne faut pas, cependant, exagérer *la portée de la différence* entre la situation du preneur et celle de l'usufruitier.

Il convient, en effet, de remarquer, en premier lieu, que, lorsque le tiers troublera la jouissance du preneur par une usurpation violente, celui-ci pourra se défendre seul, quelle que soit la prétention juridique du tiers, grâce à l'action en réintégrante. Cette action lui permettra de rentrer en possession sans avoir à discuter les titres juridiques de l'usurpateur ; le tiers, qui invoquera un droit réel ou un droit de propriété pour justifier son action, sera renvoyé à se pourvoir au pétitoire. Et si l'on se souvient que la jurisprudence accorde aujourd'hui la réintégrante au preneur, non seulement au cas de dépossession violente, mais également au cas de simple usurpation par voies de fait, on constatera que le preneur bénéficie sur ce point d'une protection juridique très efficace. En somme, ce n'est qu'au cas où les voies de fait exercées par le tiers, qui prétend à un droit sur le bien loué, ne constitueraient qu'un trouble indirect ou éventuel, que le preneur serait dépourvu d'action directe contre ce tiers. Mais nous avons déjà vu pour quelles raisons on refusait au preneur l'exercice des actions possessoires autres que la réintégrante ; et nous savons qu'on ne peut pas tirer de ce fait argument pour déterminer la nature du droit du preneur.

En second lieu, il ne faut pas oublier que si l'usufruitier peut agir seul contre les tiers qui attentent à son droit sur la chose, il est cependant tenu de signaler au nu-propriétaire les usurpations de ces tiers ; et, s'il ne le fait pas, l'article 614 du Code civil le rend responsable de tous les dommages qui pourraient en résulter pour le nu-propriétaire. Mais surtout, au cas d'usufruit constitué à titre onéreux — hypothèse à laquelle il convient principalement de se référer pour que la comparaison avec le louage soit utile — il faut appliquer la solution de l'article 1640 du Code civil, qui stipule qu'en matière de vente l'acquéreur n'a pas droit à la garantie d'éviction s'il s'est laissé condamner sans appeler en cause son vendeur et si celui-ci prouve qu'il existait des moyens suffisants pour faire rejeter la demande. On ne peut manquer de rapprocher cette solution de celle donnée, en matière de bail, par l'article 1726, d'où il résulte que le bailleur n'est

42. Cité par L. Rigaud, thèse, Toulouse, 1912, p. 157-158.

garant du trouble de jouissance dû à une « action concernant la propriété » que si « le trouble et l'empêchement » lui ont été dénoncés. On voit ainsi que, dans l'un et l'autre cas, la garantie d'éviction se restreint aux hypothèses où le garant a été mis en mesure de défendre efficacement le droit qu'il avait concédé.

153. Cela dit, il n'en reste pas moins qu'une différence subsiste entre preneur et usufruitier. Dans l'état actuel de notre droit, l'usufruitier peut défendre seul à une action d'un tiers qui prétend à un droit sur la chose, tandis que le preneur ne le peut pas.

A vrai dire, le refus au preneur du droit de défendre seul aux actions tendant au délaissement de la chose, ou d'agir seul contre un tiers qui prétend à un droit sur la chose, ne résulte pas nécessairement de l'article 1727. Le texte impose bien au preneur l'obligation de mettre en cause le bailleur ; mais il ne dit pas expressément que le preneur soit sans qualité pour poursuivre seul le procès ; il semble même que l'article 1726 lui reconnaisse cette possibilité, sauf à lui refuser le droit à garantie s'il échoue.

La solution n'a été donnée que par la Cour de Cassation qui, le 8 juillet 1920 [43], a expressément affirmé que le preneur était sans qualité pour poursuivre l'instance, lorsque le tiers excipait d'un droit qui, à le supposer existant, légitimerait la voie de fait. Mais il faut remarquer que la solution n'a pas été considérée comme évidente ; les juges de première instance avaient reconnu au preneur le droit de poursuivre seul l'action ; la décision avait été infirmée par les juges d'appel ; et l'arrêt de rejet n'a été rendu que par la Chambre civile, après délibéré en la Chambre du Conseil. La Cour suprême ne donne aucune raison particulière tendant à justifier sa solution ; elle se contente d'affirmer la règle en la présentant comme une application de l'article 1727.

Pratiquement, la solution s'explique par l'intérêt primordial du bailleur dans l'action. Lorsque le tiers ne se livre qu'à des voies de fait, sans aucune prétention juridique, il n'y a aucun inconvénient à permettre au preneur d'agir seul ; mais, lorsque le tiers prétend un droit sur la chose, ce n'est pas seulement la jouissance du preneur qui se trouve atteinte, c'est le droit de propriété du bailleur qui est menacé. D'autre part, il faut remarquer que le locataire sera le plus souvent incapable de mener à bien une défense qui suppose la connaissance des titres de propriété ou de certains faits susceptibles de produire des effets juri-

43. Civ., 8 juillet 1920 : Gaz. Pal. 1920.2.289 ; S. 1921.1.106 ; D. 1922.1.57.

diques (prescription acquisitive en matière de propriété, péremption par le non-usage en matière de servitude) ; il risquerait de compromettre les droits de son bailleur en voulant le défendre.

Mais il faut constater que ces considérations conservent toute leur valeur si l'on envisage les rapports de l'usufruitier et du nu-propriétaire. Lorsque l'usufruitier est poursuivi en délaissement de la chose par un tiers qui prétend en être propriétaire, le nu-propriétaire est au premier chef intéressé à cette action ; et l'usufruitier peut, comme le preneur, ne pas avoir les éléments nécessaires pour mener à bien une défense. On a d'ailleurs été obligé de tenir compte de ces intérêts du nu-propriétaire ; le Code l'a fait en imposant à l'usufruitier l'obligation d'avertir le nu-propriétaire des usurpations commises par les tiers ; doctrine et jurisprudence ont complété cette disposition en décidant que les jugements rendus contre l'usufruitier seul ne peuvent être opposables au nu-propriétaire [44].

Pourquoi existe-t-il, cependant, une différence de principe entre la situation du preneur et celle de l'usufruitier ? Pourquoi, puisque les considérations pratiques en jeu sont les mêmes dans les deux cas, n'a-t-on pas permis au preneur de défendre seul son droit contre les tiers s'il estime être en mesure de le faire, sauf à décider que les jugements ainsi rendus ne pourront être opposables au bailleur ? *On ne trouve pas dans les textes l'énoncé formel de cette différence. Et l'on peut alors se demander si elle n'a pas été admise parce qu'on avait déjà des conceptions bien arrêtées sur la nature juridique des divers droits en présence.* En effet, si l'on a reconnu à l'usufruitier la possibilité de poursuivre seul les troubles de droit, c'est parce qu'on a toujours considéré qu'il avait un droit réel et qu'on lui a, en conséquence, accordé le droit d'exercer des actions réelles, analogues à celles du propriétaire, pour revendiquer la chose, objet de son droit, à l'encontre de tout tiers. Et, il n'est pas impossible que, si, en 1920, la Cour de Cassation a donné une solution contraire en ce qui concerne le preneur, ce soit moins par interprétation de l'article 1727 que parce que cette solution lui paraissait la conséquence normale du fait que le preneur n'avait pas de droit direct sur la chose. En sorte qu'au lieu d'apparaître comme la justification de la théorie du droit personnel, cette règle ne serait en fait qu'une application de l'adoption préalable de cette théorie.

Mais y a-t-il vraiment une relation nécessaire de causalité

44. Cf., Aubry et Rau, t. II, 6e éd., § 230. — Demolombe, t. X, n° 343, t. XI, n° 256. — Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n°s 553-556. — Bordeaux, 23 juin 1836 : D. 1837.2.108.

entre cette règle et la théorie du droit personnel ? En supposant que le législateur ait voulu refuser au preneur le droit de défendre seul aux troubles de droit, et en admettant qu'il ait expressément consacré sur ce point des solutions différentes pour le preneur et pour l'usufruitier, en résulte-t-il nécessairement que le preneur, à la différence de l'usufruitier, n'ait pas de droit sur la chose ? On ne peut répondre à cette question qu'en prenant parti sur la distinction des droits réels et des droits de créance, qu'en recherchant si la mesure de l'opposabilité du droit aux tiers constitue un critérium efficace de cette distinction.

TITRE III

LE CRITERIUM DE DISTINCTION DES DROITS REELS ET DES DROITS DE CREANCE

154. Il n'est pas question d'entreprendre ici l'étude approfondie des notions de droit réel et de droit de créance. Comme le doyen Maxime Chauveau le rappelait il y a vingt ans, dans le dernier travail important consacré à ces notions, ce sujet a donné lieu à une littérature abondante en France et à l'étranger, et la discussion s'est souvent cantonnée dans le domaine de la théorie pure et de la philosophie du droit [1].

C'est en se plaçant sur ce terrain, qu'au début de ce siècle, un certain mouvement doctrinal, dont on trouve l'origine chez Roguin et l'aboutissement le plus logique chez Demogue, a pu arriver à nier l'existence du droit réel et à ramener cette notion à celle d'obligation. Inversement, on pouvait discerner à la même époque un autre courant doctrinal qui tendait à ramener l'obligation à la notion de droit réel.

L'exposé et la critique de ces conceptions ne sont plus à faire. Il suffit, sur ce point, de renvoyer à la remarquable thèse de M. le doyen Louis Rigaud, qui s'est efforcé de rénover la doctrine classique, et à l'important ouvrage de Bonnecase qui, en 1930, a consacré un tome entier de son supplément au Traité théorique et pratique de droit civil de Baudry-Lacantinerie à la distinction des droits réels et personnels [2].

Mais, si la dualité du droit réel et du droit de créance n'est plus guère aujourd'hui discutée, l'application de cette distinction soulève encore, comme le montrent les discussions sur la nature juri-

1. Maxime Chauveau, *Classification nouvelle des droits réels et personnels*, Rev. crit., 1931, p. 539 et s., n° 1.

2. Rigaud, *Le droit réel. Histoire et théories. Son origine institutionnelle*, thèse, Toulouse, 1912. — Bonnecase, *Supplément au Traité théorique et pratique de droit civil de Baudry-Lacantinerie*, t. V, p. 22 et s.

dique du droit du preneur, de sérieuses difficultés, et, cela, faute d'une certitude suffisante sur le critérium qui doit être utilisé pour opérer la classification d'un droit dans l'une ou l'autre catégorie.

Les auteurs classiques avaient cependant proposé un critérium qui semblait efficace : le droit réel étant celui qui accorde à son titulaire un droit de suite et un droit de préférence. En parlant de droit à opposabilité absolue, la théorie dite personnaliste, dont le développement logique devait aboutir à l'assimilation du droit réel et de l'obligation, n'avait fait que traduire ce même critérium sous une autre forme : le droit réel étant celui qui est opposable à tous les tiers. Dans son article précité, le doyen Maxime Chauveau s'est attaché à montrer l'insuffisance de ces critères, et il a proposé à son tour un nouveau critérium qu'il a recherché, non plus dans la mesure de l'opposabilité du droit aux tiers, mais dans la nature des pouvoirs accordés au titulaire du droit.

Le choix d'un critérium de distinction exact et précis revêt pour notre étude une importance capitale. On ne peut définitivement prendre parti sur la nature juridique du droit du preneur qu'en étant convaincu de la valeur du critérium de distinction des droits réels et des droits de créance que l'on utilise. Aussi, avant de montrer quel est le critérium qui nous semble exact, il est nécessaire de procéder à une étude minutieuse des divers critères de distinction qui ont été jusqu'ici utilisés ou proposés.

CHAPITRE I

Les divers critériums utilisés

SECTION I

La doctrine classique

SOUS-SECTION I

Exposé

155. La notion de droit réel et la distinction scientifique du droit réel et du droit de créance ont surtout été développées au cours du XIX[e] siècle [1]. Ce sont les jurisconsultes français qui ont le plus insisté sur cette classification des droits subjectifs, dont ils ont d'ailleurs emprunté le principe à Pothier [2]. Ce sont les conclusions auxquelles ils sont arrivés qui forment la doctrine classique en la matière [3].

Nous n'avons pas à faire ici un exposé complet et détaillé de cette doctrine, ni à en rechercher les nuances dans les ouvrages des auteurs qui l'ont exposée. Outre que ce travail a déjà été fait, notamment par MM. Michas et Rigaud, la théorie classique du droit réel a été maintes fois exposée, et elle est suffisamment connue pour que nous puissions nous contenter d'un simple rappel de ses conclusions [4]. D'ailleurs, le but de notre recherche est

1. Pour l'historique de cette distinction, voir la thèse précitée de M. Rigaud. — Voir en outre, pour l'histoire du droit réel, Michel Villey, *Du sens de l'expression « jus in re » en droit romain classique*, Mélanges F. de Visscher, 1949, t. II, p. 417 ; *Le « jus in re » du droit romain classique au droit moderne*. Publication de l'Institut de droit romain de l'Université de Paris, conférences de 1947, Paris, Sirey, 1950, p. 187.

2. V., Pothier, *Œuvres*, Paris, 1847, t. IX, p. 101 ; *Introduction générale aux coutumes*, éd. Bugnet, t. I, p. 16.

3. Ces auteurs constituent ce que l'on a appelé « L'Ecole de l'exégèse » ; et c'est à la doctrine qu'ils ont défendue que l'on donne le nom de doctrine classique. Sur cette école, cf. Bonnecase, *L'Ecole de l'exégèse en droit civil*, 2[e] éd., 1924.

4. Voir, Michas, *Le droit réel considéré comme une obligation passive universelle*, thèse, Paris, 1900, p. 68 et s. — Rigaud, *op. cit.*, p. 113 et s., et les références citées p. 114, note 3.

plus précis. Ce qu'il nous importe de connaître, c'est le critérium qu'elle a utilisé pour opérer en pratique la classification dont elle avait posé le principe.

§ 1

La notion classique du droit réel et du droit de créance

A. — Les définitions de la doctrine classique : l'opposition des deux catégories de droits

156. Nous emprunterons à Demolombe l'idée fondamentale de la doctrine classique. Il semble, en effet, que ce soit lui qui ait été le plus frappé par la supériorité du droit réel qu'il admire et dont il chante les louanges [5]. Voici les définitions qu'il donne : « Le droit réel est celui qui crée entre la personne et la chose une relation directe et immédiate. On appelle, au contraire, droit personnel celui qui crée seulement une relation entre la personne à laquelle le droit appartient et une autre personne qui est obligée envers elle. » [6]. Et l'on résume cette idée dans une formule encore plus concise, mais aussi plus critiquable : le droit réel crée un rapport entre une personne et une chose ; le droit personnel crée un rapport entre deux personnes. Il est préférable de retenir la définition plus nuancée d'Aubry et Rau qui condensent en quelques lignes très nettes, avec leur précision et leur fermeté habituelles, la théorie classique : « Les droits réels sont ceux qui, créant un rapport immédiat et direct entre une chose et la personne au pouvoir de laquelle elle se trouve soumise d'une manière plus ou moins complète, sont par cela même susceptibles d'être exercés, non pas seulement contre telle personne déterminée, mais envers et contre tous. Les droits personnels proprement dits sont ceux qui, se rattachant à un lien d'obligation existant entre deux personnes déterminées, ne sont par leur nature susceptibles d'être exercés que contre la personne obligée et contre ceux qui sont tenus de ses engagements. » [7].

157. Droits réels et droits de créance sont donc opposés par leur nature et diffèrent dans leurs éléments constitutifs.

Le droit réel est un droit direct sur une chose, créant un rap-

5. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. IX, n° 473.
6. *Idem*, n° 464.
7. Aubry et Rau, t. II, 6e éd., par E. Bartin, § 172, p. 69.

port immédiat entre la personne et la chose ; il est susceptible de s'exercer sur cette chose sans intermédiaire. On ne trouve dans le droit réel que deux éléments : une personne, sujet actif du droit, titulaire du droit ; et une chose, objet du droit. Il n'y a pas d'intermédiaire entre le titulaire du droit et la chose qui en est l'objet.

Au contraire, le droit personnel est essentiellement un rapport entre deux personnes déterminées, le créancier et le débiteur. On découvre en lui trois éléments : une personne, sujet actif du droit, titulaire du droit, c'est le créancier ; une autre personne, sujet passif du droit, le débiteur ; et, enfin, l'objet du droit, qui correspond à la chose du droit réel, et qui consiste dans une action ou une abstention du débiteur.

C'est cette différence dans les éléments constitutifs du droit qui, pour la doctrine classique, fonde la distinction des droits réels et personnels. De sorte, qu'Aubry et Rau pouvaient écrire : « La division des droits en réels et personnels repose sur la nature intrinsèque des droits eux-mêmes. » [8].

B. — Les conséquences de l'opposition entre droit réel et droit de créance

De cette différence de nature entre ces deux catégories de droits, la doctrine classique a déduit un certain nombre de conséquences qui marquent l'opposition entre droit réel et droit de créance, et que l'on peut classer à divers points de vue [9].

158. 1° Quant à son *efficacité*, tout d'abord, le droit réel est bien supérieur au droit personnel. En effet, le droit réel est un droit absolu, il existe *erga omnes*. La loi en impose le respect à tous, et chacun est tenu envers le titulaire du droit de ne rien faire qui puisse le gêner dans l'exercice de son pouvoir sur la chose. Au contraire, le droit personnel est un droit relatif ; il implique une obligation à la charge d'une personne déterminée ; le créancier ne peut s'adresser qu'à celle-ci pour obtenir ce qui lui est dû. Les autres personnes ne sont pas tenues envers lui, car elles ne lui doivent rien.

8. *Ibid.*
9. Cf., Rigaud, *op. cit.*, p. 117 et s. — J. Olier, *Distinction entre les droits réels et les droits personnels*, Rev. crit., 1896, p. 466 et s. — De Folleville, *Notion du droit et de l'obligation*, Paris, 1873, n° 65, p. 9 et s. — Comp., Polacco, *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*, 2e éd., Roma, 1914, I, n° 7, p. 40 et s.

159. 2° Cette supériorité du droit réel se traduit sur le plan technique par deux *avantages* qui sont accordés au titulaire du droit réel et que ne confère pas par lui-même le droit de créance : ce sont le droit de suite et le droit de préférence.

a) *Le droit de suite :* Le droit réel étant un droit absolu, existant *erga omnes,* il pourra s'exercer à l'encontre de toute personne qui aura la chose en son pouvoir. C'est là également une conséquence du rapport direct existant entre la personne et la chose. Le titulaire du droit réel exercera son pouvoir sur la chose en quelque main qu'elle se trouve. Son droit est attaché à la chose, il la suit partout. Au contraire, le droit personnel ne peut être invoqué que contre le débiteur. Le créancier n'a pas de droit de suite.

Et l'on illustre en général cette opposition par des exemples, pour en préciser le sens. Je suis propriétaire d'une maison ; un tiers la vend ; puis l'acquéreur la vend à son tour, et elle passe ainsi de main en main. Je peux la revendiquer à tout moment contre tout détenteur. Ou encore, j'ai un droit d'usufruit sur une maison ; le propriétaire la vend ; je continue à exercer mon usufruit contre le nouveau propriétaire [10]. Au contraire, si le débiteur n'exécute pas l'engagement dont il est tenu, le créancier a le droit de faire saisir les biens qui appartiennent à ce débiteur pour se payer sur le prix (art. 2092). Mais ce droit de gage du créancier porte sur l'ensemble du patrimoine et non sur tel bien déterminé. Il subit par suite les conséquences de tous les actes par lesquels le débiteur diminue la valeur totale de son patrimoine. Si celui-ci aliène un de ses biens, cette aliénation est opposable au créancier qui ne peut inquiéter le tiers acquéreur. Le créancier n'a donc pas de droit de suite [11]. En revanche, si le créancier possède une hypothèque sur un bien déterminé du débiteur, il a, en plus de son droit de créance, un droit réel sur ce bien, qui lui permet de le saisir en quelque main qu'il se trouve, il a un droit de suite.

b) *Le droit de préférence :* Nous empruntons à M. Rigaud l'exposé de cette autre prérogative dont est muni le droit réel, selon la doctrine classique : le droit de préférence [12]. « Quand un individu m'a fait une promesse, cela ne l'empêche pas de faire la même promesse, de faire une autre promesse quelconque à une autre personne, et ainsi de suite indéfiniment tant qu'il

10. Cf., Beudant, Lerebours-Pigeonnière et Voirin, t. IV, n° 73.
11. Baudry-Lacantinerie, *Précis de droit civil,* 14e éd., par Guyot, t. I, p. 622.
12. Rigaud, *op. cit.,* p. 120.

trouve du crédit. Quand arrivera l'échéance, quand il faudra désintéresser les créanciers, il pourra être hors d'état de les payer tous, être insolvable. Alors, la perte sera pareillement subie par tous. Le créancier premier en date n'a pas le droit d'exclure le créancier plus récent, la prérogative de lui être préféré. Au contraire, le droit réel confère à son titulaire le droit d'exclure d'abord tous ceux qui n'ont qu'un droit de créance, ensuite tous ceux qui n'ont qu'un droit réel postérieur en date. Celui qui a un droit réel quelconque, que ce soit un droit de propriété, de servitude ou d'hypothèque, n'a rien à craindre, ni des créanciers antérieurs ou postérieurs du constituant, ni des personnes à qui celui-ci aurait postérieurement consenti des aliénations ou des constitutions de droits réels. »

Cette supériorité du droit réel sur le droit personnel se manifeste à un double point de vue. Autrement dit, le droit de préférence dont est muni le droit réel revêt un double aspect : droit de préférence du droit réel par rapport au droit personnel, et droit de préférence du droit réel par rapport aux droits réels postérieurs en date.

On cite, comme exemple classique, le cas de l'hypothèque. Les créanciers chirographaires n'ont entre eux aucun droit de préférence ; ils concourent sur le produit des biens de leur débiteur, au prorata de leur créance. Le créancier hypothécaire, au contraire, qui a un droit réel, est payé sur le prix du bien hypothéqué par préférence aux créanciers chirographaires d'une part, et aux créanciers hypothécaires postérieurs en date [13] d'autre part.

160. 3° Sur le terrain de la procédure, l'opposition entre droit réel et droit personnel se traduit dans *l'action* qui sanctionne chacun d'eux. Selon les historiens du droit, c'est même là que se trouverait l'origine de la distinction. Primitivement, les Romains auraient divisé les actions en deux groupes, non d'après la nature juridique du droit sanctionné, mais d'après la nature physique de l'objet prétendu. Des actions, la distinction aurait été ensuite étendue aux droits eux-mêmes [14]. Quoi qu'il en soit de ces questions d'origine, il est certain que c'est sur le terrain

13. La nécessité de protéger les tiers de bonne foi, susceptibles de devenir créanciers hypothécaires, contre le droit de préférence des créanciers hypothécaires antérieurs, a imposé l'organisation d'une publicité de ces droits. C'est pour cela que la date prise en considération pour déterminer le droit préférable n'est pas celle de la constitution du droit, mais celle de l'accomplissement de la formalité de publicité.

14. Cf., Rigaud, p. 63 et s. ; — pour l'exposé et la bibliographie de cette thèse, voir note Bourcart dans James Muirhead, *Introduction historique au droit privé de Rome*, traduction Bourcart, 1889, p. 592 et s.

de la procédure qu'on trouve en droit romain la manifestation la plus marquante de la distinction entre droit réel et droit personnel [15].

Le titulaire d'un droit réel est muni d'une action réelle qui lui est donnée contre tout détenteur ; il ne sait pas à l'avance contre qui il l'exercera ; il la fera valoir contre celui, quel qu'il soit, qui, étant en contact avec la chose, l'empêchera d'exercer son droit. Le titulaire du droit de créance, au contraire, connaît à l'avance la personne contre qui sera intentée l'action qui garantit son droit ; son adversaire sera son débiteur. L'action qui protège son droit est une action personnelle ; elle est accordée *in personam*, c'est-à-dire contre une personne déterminée.

161. 4° Le droit réel, ayant pour objet une chose et étant un droit sur cette chose, suppose nécessairement une *chose déterminée*. Pour pouvoir se dire titulaire d'un droit sur une chose, il faut en effet indiquer cette chose. Au contraire, le droit personnel peut s'appliquer à une chose indéterminée, ou tout au moins qui ne soit déterminée que dans son espèce. Ainsi, j'achète 10 hectares de terre à prendre dans un domaine qui en contient 50, je ne puis devenir immédiatement propriétaire, car l'objet de mon droit de propriété est insuffisamment déterminé ; je ne serai propriétaire que lorsque le terrain qui doit m'être livré aura été déterminé d'un commun accord. En revanche, j'ai, dès la conclusion du contrat, un droit de créance contre mon vendeur pour le forcer à exécuter son obligation.

162. 5° Les droits réels sont seuls susceptibles de *possession*. La possession est, en effet, un état de fait qui consiste à se comporter, relativement à une chose, comme si l'on était titulaire d'un droit sur cette chose. « La possession, écrit M. Rigaud, implique une série d'actes matériels qui sont, d'après les apparences, l'exercice d'un droit qui s'actualise sans se détruire, ni se modifier, tels le droit de propriété et les autres droits réels principaux. Au contraire, le droit de créance ne peut s'actualiser et s'exercer qu'en se détruisant. L'obligation ne naît que pour s'éteindre par le paiement ; il suit qu'elle n'est pas susceptible de possession. » [16].

15. Voir, Cuq, *Manuel des institutions juridiques des Romains*, 2e éd., 1928, p. 120. — Bonfante, *Corso di diritto romano*, vol. 3, *Diritti reali*, 1933, n° 5 et s., p. 5 à 11. — Filomusi Guelfi, *Il processo civile nel diritto romano*, Napoli, 1872, al. 4 ; *Diritti reali*, 3e éd., Roma, 1910, al. 3. — Scioloja, *Procedura civile romane*, al. 14, p. 141 et s.

16. *Op. cit.*, p. 125.

163. 6° De cette différence entre droit réel et droit personnel du point de vue de la possession, il en résulte une autre quant au mode d'*acquisition* de ces droits.

Les droits réels, seuls, sont susceptibles d'être acquis par la *prescription* acquisitive. Ce mode d'acquisition des droits est fondé sur une possession plus ou moins prolongée ; or, nous venons de voir que seuls les droits réels sont susceptibles de possession.

164. 7° Envisageant l'*extinction* des droits, on fait remarquer que le « droit réel est, sauf exception, un droit perpétuel destiné à durer autant que son objet, tandis que le droit personnel est par essence un droit temporaire destiné à s'éteindre par un événement prévu : le paiement » [17].

D'autre part, dit-on, l'extinction d'un droit réel, du moins lorsqu'il est perpétuel, constitue un appauvrissement pour son titulaire. Au contraire, l'extinction d'une créance est avantageuse pour le créancier qui reçoit satisfaction, et qui très souvent ne voit disparaître son droit personnel que pour obtenir un droit de propriété [18].

165. 8° Demolombe a encore signalé une autre différence entre ces deux catégories de droits, du point de vue de l'état d'*indivision* [19]. Le droit de créance, en effet, se divise lors du décès du débiteur ou du créancier en autant de fractions que d'héritiers (art. 1220 du C. civ.). Au contraire, dans le cas de mort du titulaire d'un droit réel, la chose, objet du droit réel, est transmise d'une façon indivise aux héritiers.

§ 2

Les critériums de distinction utilisés par la doctrine classique

166. Si nous nous sommes étendus un peu longuement sur les différences que les auteurs classiques ont relevées entre droits réels et droits de créance, c'est qu'ils ont précisément utilisé certaines de ces différences comme critérium pratique de distinc-

17. Girard, *op. cit.*, p. 275, note 1, 3°.
18. Cf., Olier, *op. cit.*, p. 474.
19. Demolombe, *op. cit.*, t. IX, n° 473.

tion. En effet, les auteurs classiques considèrent en général qu'on est obligé de rechercher le caractère réel ou personnel d'un droit d'après les avantages qu'il confère à son titulaire [20].

On a d'ailleurs reproché à la doctrine classique de ne pas fournir de critérium précis de distinction [21]. M. Rigaud a voulu faire justice de cette critique. Tout en reconnaissant que le reproche était fondé, il a essayé d'en réduire l'importance et de donner au critérium classique plus d'efficacité en précisant son sens et sa portée [22].

A. — Le critérium classique

167. Selon les auteurs classiques, la caractéristique essentielle du droit réel est d'accorder à son titulaire *les deux avantages du droit de suite et du droit de préférence*, qui seraient refusés au droit de créance ; cette caractéristique a une importance considérable et c'est elle qui, sur le terrain de la technique juridique, établit entre les deux catégories de droits une séparation très nette. C'est donc l'existence ou l'absence de ces avantages qui va surtout servir aux auteurs classiques pour distinguer droits réels et droits de créance. En présence d'un droit dont on recherche la nature, on se demande si le législateur l'a ou non muni d'un droit de suite et d'un droit de préférence ; si oui, on le classe parmi les droits réels ; sinon, on le classe parmi les droits personnels.

La discussion sur la nature du droit du preneur nous en fournit un exemple typique, sur lequel nous avons suffisamment insisté pour que nous n'ayons pas besoin d'y revenir longuement. Tous les auteurs qui, au cours du XIX[e] siècle — c'est-à-dire à l'époque où s'est développée la doctrine classique du droit réel — ont soutenu la réalité du droit du preneur, se sont essentiellement attachés à montrer que celui-ci possédait un droit de suite à l'égard des tiers (art. 1743 du C. civ.) et un droit de préférence à l'égard des créanciers du bailleur (art. 684 du C. Proc. civ.) [23]. Et le premier souci des adversaires de la réalité a été de montrer que les articles 1743 du Code civil et 684 du Code de Procédure civile n'étaient pas la conséquence ou l'expression d'un droit de suite et d'un droit de préférence, mais s'expliquaient par

20. Rigaud, *op. cit.*, p. 156.
21. V., notamment, Demogue, *Notions fondamentales du droit privé*, Paris, Rousseau, 1911, p. 418.
22. *Op. cit.*, p. 155 et s.
23. V., *supra*, n[os] 18 et 19.

la transmission à l'ayant cause à titre particulier des obligations du bailleur, soit en vertu d'une subrogation légale, soit en vertu de la règle *Nemo plus juris transferre potest quam ipse habet.*

C'est encore l'absence d'un droit de suite que l'on invoque pour refuser le caractère de droit réel à certaines sûretés réelles, telles que les privilèges généraux (du moins en tant qu'ils s'exercent sur les meubles), certains privilèges mobiliers spéciaux, le droit de rétention, et le privilège de la séparation des patrimoines [24].

168. Mais tous les auteurs classiques ne se sont pas contentés de ce critérium. Certains en ont utilisé un autre qu'ils ont tiré du principe même de distinction, ou plutôt de la définition qu'ils donnent de ces droits. Le droit réel portant directement sur la chose, on ne trouve pas entre la personne et la chose d'intermédiaire juridique. Dans le droit de créance, au contraire, le créancier n'atteint la chose que par l'intermédiaire du débiteur. Cette *absence d'intermédiaire juridique* est donc caractéristique du droit réel.

Les discussions sur la nature du droit du preneur nous fournissent encore un exemple de l'utilisation de cette caractéristique comme critérium de distinction des droits réels. Les auteurs classiques qui refusent au preneur un droit réel ont invoqué deux séries d'arguments ; dans la partie négative de leur thèse, répondant aux partisans de la réalité, ils ont essayé de montrer qu'il n'était pas nécessaire de faire appel au droit de suite et au droit de préférence pour expliquer les prérogatives accordées au preneur par les articles 1743 du Code civil et 684 du Code de Procédure civile ; mais, dans la partie positive de leur thèse, et c'est là leur argument essentiel, ils ont montré que le droit du preneur ne pouvait être réel, car ce dernier est obligé de faire appel au bailleur pour exercer son droit ; il ne jouit que par l'intermédiaire du bailleur.

Ainsi, il apparaît bien que les divergences entre les auteurs classiques sur la nature juridique du droit du preneur sont essentiellement fonction des critériums de distinction entre droits réels et droits de créance utilisés par eux. Ceux qui reconnais-

24. La classification tripartite des privilèges ou causes de préférence à laquelle aboutissent Aubry et Rau s'inspire particulièrement de cette conception ; ils écrivent : « Les unes sont purement personnelles en ce sens qu'elles n'ont d'effet qu'à l'égard du débiteur lui-même et de ses créanciers chirographaires. D'autres, au contraire, présentent un caractère complet de réalité, en ce qu'elles peuvent être exercées par voie de suite contre tout tiers détenteur. D'autres enfin sont d'une nature mixte », Aubry et Rau, t. III, § 256. Voir, dans le même sens : Baudry-Lacantinerie et de Loynes, t. I, n° 277 ; Colin, Capitant et Julliot de la Morandière, t. II, n° 1490 et s.

sent au preneur un droit réel semblent se contenter du critérium fourni par le droit de suite et le droit de préférence ; en revanche, ceux qui professent qu'il n'a qu'un droit de créance considèrent ce critérium comme insuffisant et caractérisent le droit réel par l'absence d'intermédiaire juridique.

B. — La précision apportée par M. Rigaud

169. C'est bien à cette dernière idée que s'arrête M. Rigaud dans sa thèse. « Cette particularité du droit s'exerçant directement sur la chose, écrit-il, et sans intermédiaire juridique de personne, n'est pas, comme le prétend M. Demogue, dépourvue de toute importance. Il convient seulement de ne pas lui reconnaître, pas plus qu'aux deux premiers critères (droit de suite et droit de préférence), une portée générale et absolue ; mais, ce dernier critérium peut, à défaut des deux autres, servir en certains cas, pourvu qu'on l'emploie judicieusement. C'est ainsi qu'il permet de refuser au droit du locataire ou du fermier le caractère de la réalité. » [25]. Et, précisant davantage sa pensée, il ajoute un peu plus loin : « Le critérium du droit s'exerçant directement sur la chose, sans qu'il soit besoin pour se défendre contre les prétentions des tiers de recourir à l'intermédiaire juridique de personne, peut servir dans certains cas, lorsque ceux du droit de suite et du droit de préférence sont douteux. » [26].

Mais M. Rigaud apporte ensuite une précision au critérium qu'il vient de défendre. Il remarque, en effet, qu'il n'est pas possible de concevoir tous les droits réels, abstraction faite de toute personne autre que le titulaire, et que les auteurs classiques eux-mêmes n'ont pu soutenir une telle prétention. C'est ainsi qu'en face de l'usufruitier, nous trouvons le nu-propriétaire, que la servitude suppose deux propriétaires en présence, et l'hypothèque un créancier et un tiers détenteur. D'une façon générale, dans tout droit réel dit démembré, nous trouvons, en face du titulaire de ce droit, le propriétaire ou le détenteur de la chose. Et il y a, dit M. Rigaud, une différence entre ce propriétaire ou détenteur et les autres tiers, car il « est tenu *in patiendo*, tandis que les autres tiers quelconques sont tenus plutôt *in abstinendo* ou *in non faciendo* ». Cependant, conclut-il, « cet intermédiaire ne ressemble en rien au débiteur d'une obligation proprement dite, puisqu'il peut se décharger de son obligation de *pati* en

25. Rigaud, *op. cit.* p. 157.
26. *Op. cit.*, p. 159.

délaissant la chose, puisqu'il est tenu, non pas personnellement, mais *propter rem,* comme représentant de la chose » [27].

Cet intermédiaire, M. Rigaud le retrouve dans ce qu'il appelle « les droits réels *in faciendo* » [28]. Il s'agit des cas où le propriétaire ou détenteur de la chose n'est pas tenu à l'égard du titulaire du droit à un simple *pati,* mais à un *facere.* Ces situations, la doctrine classique les désigne sous le nom d'obligations *propter rem ;* M. Rigaud considère qu'il y a là des droits réels dans lesquels le sujet passif, au lieu d'être tenu d'une simple abstention, est tenu d'un fait positif. Il ne doit pas seulement subir le droit, il est tenu d'une véritable obligation de faire. Mais, ici encore, cette obligation diffère de l'obligation personnelle qui est imposée au débiteur du droit personnel ; il n'y a pas d'intermédiaire personnellement obligé, car le propriétaire ou détenteur de la chose a la faculté de se soustraire à son obligation en abandonnant cette chose.

En conséquence, M. Rigaud propose de faire au critérium classique la retouche suivante : « A la place d'une formule classique trop souvent usitée : " Le droit réel peut s'exercer par différence avec le droit de créance, sans l'intermédiaire juridique de personne ", formule peu satisfaisante pour les droits réels démembrés, et inexacte pour les droits réels *in faciendo,* il faut dire : " ...sans l'intermédiaire juridique d'une personne proprement obligée ", ou mieux : " *sans l'intermédiaire d'un sujet personnellement obligé* ". » [29].

Sous-section II

Etude critique

170. Nous ne ferons pas la critique de la notion classique du droit réel. En effet, M. Rigaud a, dans sa thèse, minutieusement exposé et apprécié les diverses critiques qui ont été faites à la doctrine classique et nous ne pouvons mieux faire que d'y renvoyer [30]. D'autre part, en exposant les idées essentielles de la doctrine personnaliste, nous rencontrerons la critique fondamentale qui a été faite à la théorie classique. D'ailleurs, nous avons déjà dit que le but de notre recherche était d'analyser les crité-

27. *Op. cit.,* p. 159 à 161.
28. Sur la théorie des droits réels *in faciendo,* voir, Rigaud, *op. cit.,* p. 420 à 461.
29. *Op. cit.,* p. 162.
30. *Op. cit.,* p. 131-165.

riums utilisés pour distinguer en pratique droits réels et droits de créance. Ce qu'il nous importe donc de juger, ce sont les critères de la réalité ou de la personnalité des droits, proposés par cette doctrine. Cependant, comme les auteurs classiques ont eu tendance à rechercher le critérium de distinction dans les différences juridiques qu'ils avaient relevées entre ces deux catégories de droits, nous croyons nécessaire d'apprécier le bien-fondé et la valeur de certaines de ces différences.

§ 1

Les différences entre droits réels et droits de créance

171. Les oppositions que les auteurs classiques ont relevées entre droits réels et droits de créance sont loin d'avoir toutes la même valeur. Elles sont souvent plus apparentes que réelles, et une analyse attentive montre que les divers éléments entre lesquels on établit une différence n'ont pas toujours dans chaque catégorie de droits la même fonction, ou, encore, que cette différence n'est pas une conséquence directe de la distinction, mais s'explique grâce à d'autres principes juridiques.

172. 1° Le droit réel suppose une *chose déterminée ;* au contraire, le droit de créance peut s'appliquer à une chose indéterminée, a-t-on dit. Cette proposition est juste en elle-même, mais il n'est pas besoin d'insister longuement pour montrer que la chose ne joue pas le même rôle dans le droit réel et dans le droit de créance. Dans le droit réel, la chose est l'objet même du droit. Les pouvoirs qui sont conférés au titulaire du droit ont pour objet direct la chose. Dans le droit de créance, au contraire, l'objet du droit, c'est le fait ou l'abstention du débiteur, la prestation que le débiteur est obligé de fournir. C'est cette prestation qui pourra avoir pour objet matériel une chose que le débiteur devra donner, livrer, conserver, entretenir, voire déterminer (vente de choses de genre). Et c'est ce dernier cas que l'on donne comme exemple pour montrer que le droit de créance peut s'appliquer à une chose indéterminée. En réalité, dans ce cas, la chose n'est même plus l'objet direct de la prestation ; il s'agit d'une obligation de faire : déterminer la chose que le débiteur devra ensuite livrer. C'est l'obligation de livrer qui aura pour objet une chose, mais celle-ci sera alors déterminée. De toute façon, dans le droit de créance, comme dans le droit réel, l'objet

du droit doit être déterminé. Le droit de créance ayant pour objet direct un fait positif ou négatif du débiteur, il est nécessaire que ce fait soit nettement déterminé.

En somme, si l'on peut dire, en employant une expression assez imprécise, que le droit de créance « peut s'appliquer » à une chose indéterminée, il faut bien remarquer que la chose correspond à un élément différent dans la structure de ces deux droits, de sorte que l'opposition que l'on veut établir entre eux de ce point de vue perd considérablement de sa valeur. La vraie différence entre droit réel et droit de créance par rapport à la chose est que celle-ci constitue l'objet direct du droit réel, tandis que le droit de créance a pour objet, non une chose, mais la prestation d'une personne.

173. 2° Les droits réels, dit-on encore, sont seuls susceptibles de *possession*. Cette idée est également exacte, mais elle est autant une conséquence de la notion même de possession que de celle de droit réel.

« La possession, écrivent MM. Ripert et Boulanger, est l'exercice sur une chose d'un pouvoir de fait qui correspond dans sa manifestation extérieure à l'exercice d'un droit... ; elle consiste à se comporter, relativement à une chose, comme si l'on était titulaire du droit. » Passant au domaine de la possession, ils ajoutent : « La définition même de la possession permet de délimiter son domaine... C'est aux seuls droits réels que peut correspondre l'exercice sur une chose de ce pouvoir de fait qui constitue la possession. » [31]. Nous ne croyons pas dénaturer la pensée de ces savants auteurs en disant que, selon eux, le cantonnement de la possession aux droits réels est une conséquence de la définition de la possession. C'est parce que la possession consiste dans l'exercice d'un pouvoir de fait correspondant à un droit sur une chose, qu'elle ne peut s'appliquer qu'aux droits réels. Et nous savons que si l'on refuse de l'appliquer au droit du preneur, c'est uniquement parce qu'il n'aurait pas de droit sur la chose, c'est-à-dire de droit réel, alors que, de toute évidence, le preneur a une maîtrise de fait et accomplit sur la chose des actes matériels d'usage et de jouissance qui, de par leur nature, seraient susceptibles de constituer l'élément matériel d'une possession. La notion juridique de la possession a été volontairement et par définition restreinte aux seuls droits réels.

Remarquons, d'autre part, qu'il existe une notion de la pos-

31. T. I, n°s 2760 et 2763.

session beaucoup plus large, qui s'applique aux droits de créance et déborde même le cadre des droits patrimoniaux. C'est en ce sens que l'on parle de la possession d'une créance (art. 1240 du Code civil) et de la possession d'état. La possession est alors le fait de se comporter comme si l'on était titulaire d'un droit et plus spécialement de passer aux yeux de tous comme le titulaire du droit. On range toutes ces hypothèses sous la notion plus générale d'apparence. Mais elles doivent être distinguées de la notion de possession au sens précis et technique qui ne s'applique qu'aux droits réels et dont les effets sont très différents [32].

174. 3° Il ne faut pas exagérer également les différences que l'on établit entre droits réels et droits de créance du point de vue de leur *extinction.*

Quant à leur durée, on peut faire deux remarques. D'une part, il existe des droits réels temporaires ou viagers, comme l'usufruit. D'autre part, certains droits de créance peuvent avoir une certaine durée ; c'est le cas, par exemple, de ceux où la prestation du débiteur a pour objet une abstention ; cette obligation de ne pas faire aura une certaine durée et se réalisera d'une manière continue ; le droit correspondant du créancier aura la même durée.

Quant à dire que l'extinction du droit réel constitue un appauvrissement pour son titulaire, cela n'est vrai que si le droit réel est un droit perpétuel ou si l'extinction se produit avant le terme prévu. Mais on entend alors, par extinction, l'impossibilité d'exercer le droit. Et, pour concevoir une situation analogue en matière de droit de créance, il faut supposer que la créance s'éteigne avant paiement, par suite d'une impossibilité d'exécution (art. 1302 du Code civil). Mais cette extinction constitue également un appauvrissement pour le titulaire du droit.

175. 4° Quant à la différence que Demolombe a signalée du point de vue de l'état de l'*indivision,* elle est toute relative.

D'une part, on peut remarquer que, dans la mesure où l'article 883 du Code civil s'applique aux créances, le sort des droits réels et des droits de créance dans l'indivision sera identique [33].

32. Sur la différence entre la possession et l'apparence, et plus spécialement entre le possesseur et le propriétaire apparent, voir, Ripert et Boulanger, t. I, n° 2739.

33. On sait que la jurisprudence restreint le domaine d'application de l'article 1220 aux rapports des héritiers avec les débiteurs du *de cujus,* tandis que les rapports entre les héritiers ou leurs ayants-cause sont entièrement régis par l'article 883 ; cf., Cass. Ch. réun., 5 décembre 1907 : D.P. 1908.1.113, note Ambroise Colin ; S. 1908.1.5, note Lyon-Caen.

D'autre part, il existe des créances qui, par nature, sont indivisibles (créances de corps certains, ou d'obligations de faire), et il est toujours possible aux parties de stipuler qu'une créance en elle-même divisible sera considérée comme indivisible (art. 1221 du Code civil) ; cette indivisibilité s'appliquera aux héritiers et écartera l'application de l'article 1220, même dans les rapports de ces héritiers avec les débiteurs du défunt.

176. On voit donc qu'il ne faut pas attribuer à ces prétendues différences entre droits réels et droits de créance une importance démesurée, mais surtout qu'il ne faut pas y rechercher un critérium de distinction. Certes, les auteurs classiques n'ont pas utilisé de tels critériums, mais, comme ils ont eu tendance à rechercher le critère des droits réels et personnels dans les conséquences juridiques de la distinction, il était nécessaire de passer en revue toutes ces conséquences pour montrer, que, de ce côté, la recherche était vaine.

Reste maintenant à apprécier les conséquences juridiques qu'ils ont spécialement utilisées comme critérium. Nous réserverons encore l'opposition que l'on fait entre droit absolu et droit relatif ; elle a surtout été proposée et défendue par les auteurs personnalistes, et nous en apprécierons la portée au cours de la critique que nous ferons de leur doctrine ; d'ailleurs, la différence relative au droit de suite et au droit de préférence qu'il nous faut maintenant examiner n'en est que la traduction sur le plan technique.

§ 2

Les critériums utilisés par la doctrine classique

A. — Le droit de suite et le droit de préférence

177. L'opposition que la doctrine classique établit entre les droits réels et les droits de créance du point de vue du droit de suite et du droit de préférence a déjà fait l'objet de critiques sérieuses de la part d'auteurs très autorisés. Dès 1905, dans un article très remarqué et plein de vues originales, de Vareilles-Sommières montrait que le droit de préférence n'était nullement incompatible avec le droit de créance [34]. De son côté, le profes-

34. De Vareilles-Sommières, *Du conflit de créance et du droit de préférence entre créanciers*, Rev. crit., 1905, p. 528, et 1906, p. 474.

seur Bonnecase, passant en revue les diverses catégories de droits réels, en arrivait à la conclusion que seuls les droits réels du second degré étaient véritablement dotés d'un droit de suite et d'un droit de préférence [35].

Malgré cela, l'influence de la doctrine classique a été si profonde que l'on retrouve encore dans la plupart des cours et des ouvrages de droit civil actuels l'analyse du droit de suite et du droit de préférence telle que la faisait cette doctrine. Et l'on continue à faire de ces avantages la conséquence et la caractéristique du droit réel.

Afin de savoir s'il est possible d'utiliser le droit de suite et le droit de préférence comme critérium de distinction des droits réels et de créance, il est nécessaire de préciser le sens et la portée de ces expressions et de voir si elles traduisent une différence fondamentale entre ces deux catégories de droits.

1° Le droit de suite

A la lumière des exemples que l'on donne du droit de suite, nous allons d'abord préciser sa notion ; nous montrerons ensuite que cette notion n'est nullement incompatible avec le droit de créance.

a) *La notion de droit de suite*

178. Il y a une *première conception* du droit de suite que nous voudrions écarter, car, si elle traduit une différence essentielle entre droit réel et droit personnel, elle ne constitue qu'une expression inutile et équivoque.

On peut trouver un exemple de cette conception dans la thèse de M. Rigaud [36]. « Le droit de suite, écrit-il, c'est le droit qui suit et vincule la chose entre quelques mains qu'elle soit, partout où elle se trouve », et il ajoute : « Il est évident que le droit personnel, ayant son point immédiat d'incidence sur la personne même du débiteur et non sur la chose, ne peut par lui-même suivre cette chose, à laquelle le créancier n'a pas un droit direct.

35. Bonnecase, *op. cit.*, p. 206 et s.
Sur la question du droit de suite et du droit de préférence, voir, Rigaud, *op. cit.*, p. 256 à 281. — Demogue, *op. cit.*, p. 421 et s. — Minéi, *Essai sur la nature juridique des droits réels et des droits de créance*, thèse, Paris, 1912, p. 371 et s. — Quincarlet, thèse citée, p. 415. — Maxime Chauveau, *op. cit.*, n°s 8 à 10. — Hébraud, D.H., 1939, Ch., p. 21.

36. *Op. cit.*, p. 264. — Voir, dans le même sens, Minéi, *op. cit.*, n° 249.

Il n'est pas de la nature du droit de créance, alors même qu'il a pour objet la prestation d'une chose ou de sa jouissance, d'engendrer un droit de suite sur cette chose, puisqu'il ne porte pas directement sur elle et que son objet immédiat c'est seulement le fait ou l'ensemble de faits ou d'abstentions humains qui constituent la prestation. »

179. L'analyse de M. Rigaud est exacte, et la différence qu'il invoque entre droit réel et droit de créance est indiscutable ; mais il est inutile de faire appel à un droit de suite du titulaire du droit réel pour traduire cette différence.

Par cette analyse, M. Rigaud rattache, en effet, le droit de suite à une différence relative à la chose. Le titulaire du droit réel aurait un droit de suite, parce qu'il pourrait exercer son droit en quelque main que se trouve la chose, tandis que le créancier ne peut plus obtenir exécution de son droit lorsque la chose qui peut être l'objet de la prestation se trouve sous la domination d'un tiers. S'il en est ainsi, c'est tout simplement parce que la chose ne joue pas le même rôle dans chacun des deux droits, ainsi que le déclare M. Rigaud lui-même. Dans le droit réel, cette chose est considérée en tant qu'objet du droit ; dans le droit personnel, l'objet du droit c'est le fait du débiteur, et c'est ce fait qui peut avoir, parfois, pour objet, une chose. Il n'est pas besoin de parler d'un droit de suite du droit réel pour traduire cette différence ; il est préférable et bien plus précis de dire : le droit réel donne à son titulaire un pouvoir sur une chose ; le droit de créance ne donne à son titulaire aucun pouvoir sur une chose, mais seulement contre une personne.

L'expression de droit de suite ainsi employée est d'ailleurs source de confusion, car, la prestation du débiteur n'ayant pas toujours pour objet une chose, on prend en considération, pour maintenir l'opposition que l'on a établie, les choses du débiteur sur lesquelles le créancier a un droit de gage. La comparaison que l'on fait alors entre le droit réel et le droit de créance est injustifiée. Le droit de créance n'a nullement pour objet les biens du débiteur ; c'est le droit de gage général du créancier qui a ces biens pour objet.

On voit, par suite, combien est injustifié l'exemple que l'on donne parfois pour montrer que le droit réel, à la différence du droit de créance, donne un droit de suite. Le créancier hypothécaire, dit-on, qui a un droit réel, peut suivre le bien hypothéqué entre les mains des tiers ; le créancier chirographaire, au contraire, ne peut saisir les biens de son débiteur que s'ils se trou-

vent dans son patrimoine ; il n'a pas de droit de suite. Cela ne prouve nullement que le droit de créance proprement dit ne donne pas un droit de suite. On compare, en effet, le droit réel du créancier hypothécaire, non avec le droit de créance, mais avec le droit de gage général. Il faudrait alors démontrer que ce droit de gage général est un droit personnel ; or, cette solution est pour le moins discutable ; l'on ne peut, donc, utiliser ce droit de gage général comme type de comparaison, pour établir des différences entre droits réels et droits personnels, et rechercher un critérium de distinction de ces droits.

C'est encore la même confusion entre le droit de créance et le droit de gage général du créancier que commettent ceux qui parlent « d'un droit de suite en matière personnelle », à propos du droit des créanciers chirographaires de l'armateur de méconnaître la vente du navire, tant que n'a pas été fait en mer un voyage au nom et pour le compte de l'acquéreur [37]. Lorsque le créancier saisit le navire entre les mains de l'acquéreur, il n'exerce pas son droit de créance proprement dit, mais son droit de gage général. Y voir un exemple du droit de suite en matière personnelle suppose encore que l'on a démontré le caractère personnel de ce droit de gage.

Cette première conception du droit de suite n'est donc qu'une expression inutile et équivoque pour traduire une différence certaine entre le droit réel et le droit personnel, mais qu'il est préférable d'exprimer d'une façon plus claire en disant que le droit réel, à la différence du droit personnel, a pour objet direct une chose.

180. Quelle est alors *la véritable signification du droit de suite* ? Aubry et Rau le définissent ainsi : « Le droit de suite se ramène à la prérogative pour le titulaire d'un droit réel d'en poursuivre l'exercice sur la chose même soumise à ce droit et contre tout possesseur et détenteur de la chose. » [38]. Le droit de suite suppose, donc, un conflit entre le titulaire du droit réel et une autre personne qui tient sous sa domination la chose, objet du droit réel.

181. Considérons, en premier lieu, la *situation du propriétaire.*

Nous voyons qu'il a la maîtrise absolue de la chose ; juridi-

37. V., en ce sens, Chauveau, art. précité, Rev. crit., 1931, p. 550, et p. 603 et 604 en note.
38. T. II, § 173.

quement, il est seul à pouvoir en disposer, et nul autre que lui n'a droit sur cette chose. Toute personne qui entrera en contact avec la chose n'exercera, donc, qu'un pouvoir de fait, que le propriétaire pourra toujours faire cesser. Dire que le propriétaire a un droit de suite qui lui permet d'exercer son droit en quelque main que la chose se trouve revient à dire que toute personne doit respecter son droit, qu'il peut l'opposer à quiconque le méconnaît, qu'il peut faire cesser toute activité contraire au libre exercice de ce droit. Ce que l'on appelle le droit de suite en matière de propriété n'est donc pas une prérogative spéciale du droit de propriété ; ce n'est que ce droit envisagé sous son aspect dynamique d'auto-défense. La revendication, qui apparaît comme la consécration procédurale du droit de suite, n'est pas un avantage particulier du droit de propriété ; c'est tout le droit de propriété qui est mis en mouvement et qui est opposé au tiers détenteur. Toute personne doit respecter le droit du propriétaire sur sa chose, et, réciproquement, ce dernier peut exercer son droit contre toute personne ou, plus exactement, *peut opposer son droit à toute personne. Le droit de suite n'est qu'une expression commode pour traduire cette opposabilité du droit de propriété.*

Mais peut-être est-ce là une conséquence particulière au droit du propriétaire. Comme le dit, très bien, Bonnecase, juridiquement, « le droit de suite évoque l'existence d'actes juridiques susceptibles de venir gêner l'existence du droit réel, et il signifie qu'aucun acte juridique ne peut efficacement atteindre ce but contre un droit réel valablement établi ». Or, poursuit-il, il n'y a pas à faire état de droit de suite pour le propriétaire, « puisque la chose ne peut juridiquement passer en d'autres mains » que les siennes [39].

182. Est-ce avec les *droits réels démembrés de la propriété* que le droit de suite va apparaître comme une notion vraiment distinctive ?

Nous avons donné un exemple classique du droit de suite en cette matière. J'ai un droit d'usufruit sur une maison ; le propriétaire la vend ; je continue à exercer mon usufruit contre le nouveau propriétaire. Autrement dit, la maison pourra changer de propriétaire, mon droit d'usufruit la suivra en quelque main qu'elle passe.

Quels sont la portée et le sens de ce droit de suite ? Nous ne

39. *Op. cit.*, p. 208, n° 106.

pouvons mieux faire que reprendre l'excellente appréciation qu'en donne Bonnecase. « Lorsque ce droit (d'usufruit) est constitué, écrit-il, le droit de propriété est démembré ; le propriétaire ne peut en aliéner que ce qui en reste, c'est-à-dire la nue-propriété... ; l'acte de vente de nue-propriété n'a nullement fait passer entre les mains de l'acquéreur les utilités constitutives de l'objet de l'usufruit, puisque le propriétaire n'en disposait plus. L'usufruitier n'a donc pas à se préoccuper de savoir si juridiquement la chose est passée en d'autres mains. Elle n'a pu y passer juridiquement que démembrée, les utilités constitutives de l'usufruit restant entre ses mains. Parler, en définitive, de droit de suite en matière de droit réel de jouissance et de servitude, c'est traduire simplement au moyen d'une image cette situation : la propriété a beau changer de mains, l'exercice des droits réels ne s'en trouve en rien atteint, précisément parce que cette propriété était démembrée au profit des titulaires de ces droits réels et qu'elle n'a pu passer à un tiers que sous réserve de ces démembrements. » [40].

Nous nous excusons d'ajouter quelque chose à un exposé aussi vigoureux ; mais c'est uniquement pour montrer que ce droit de suite traduit une notion identique à celle que traduisait le droit de suite du propriétaire. Il s'agit toujours de l'opposabilité du droit aux tiers. Avec le propriétaire, on se trouvait en présence de tiers qui n'avaient aucun droit sur la chose ; ici, il s'agit de tiers qui ont un droit sur la chose, mais un droit différent. L'usufruitier a un droit sur la chose, c'est-à-dire certains pouvoirs sur cette chose ; et ces pouvoirs sont opposables au nu-propriétaire comme aux autres tiers, car le nu-propriétaire n'a aucun des pouvoirs qui sont accordés à l'usufruitier. Dire que l'usufruitier a un droit de suite contre les divers propriétaires de la chose revient à dire qu'il peut opposer son droit à ces divers propriétaires, comme à tout autre tiers [41].

De même que le droit de suite du propriétaire, *le droit de suite des droits réels démembrés de la propriété n'est pas autre chose que l'opposabilité de ces droits aux tiers.*

183. Est-ce donc dans les droits réels du second degré ou *droits réels de garantie* que le droit de suite va constituer une notion autonome ? C'est la conclusion à laquelle arrivent certains auteurs et notamment Bonnecase [42].

40. Bonnecase, *op. cit.*, p. 209-210.
41. La situation est identique pour le titulaire d'un droit de servitude, et un raisonnement semblable pourrait être fait.
42. Bonnecase, *op. cit.*, p. 210. — V., également, J. Milhaud, *La propriété*

Il semble bien, en effet, que le droit de suite désigne ici une prérogative particulière du titulaire du droit. Le propriétaire d'une chose hypothéquée, par exemple, reste maître des utilités de cette chose, et peut les transmettre par l'aliénation. C'est donc, semble-t-il, un droit spécial qu'exerce le créancier hypothécaire en saisissant la chose entre les mains d'un tiers qui l'a régulièrement et valablement acquise. Bonnecase écrit : « C'est vraiment un droit de suite qu'exerce le créancier hypothécaire quand il saisit le bien hypothéqué en des mains tierces, car la chose n'était pas démembrée à son profit. » [43]. Et M. le professeur Hébraud écrit de son côté : « Avec elle (l'hypothèque), se développent le droit de suite et le droit de préférence... », et il voit dans ces droits « un échafaudage de prérogatives juridiques qui maintiennent fictivement le contact entre le créancier et l'immeuble. » [44].

Il faut reconnaître qu'en cette matière, mieux qu'en toute autre, l'image du droit de suite met particulièrement en relief les prérogatives du créancier. Cependant, nous ne croyons pas que ce droit de suite traduise une notion autonome ; il ne s'agit pas d'un droit distinct venant se greffer sur le droit réel ; c'est toujours le même aspect particulier de ce droit réel que l'on envisage : l'opposabilité du droit aux tiers.

En effet, le droit du créancier hypothécaire consiste dans la prérogative de faire vendre la chose et de se payer sur le prix. Les privilèges et hypothèques ne portent pas sur la chose elle-même, mais bien sur son prix, sur sa valeur en argent ; ou, pour reprendre une expression très heureuse de Bonnecase, les droits réels du second degré ne portent pas sur « l'individualité organique » de la chose, mais sur sa « valeur économique ». C'est cette valeur économique de la chose, sa valeur d'échange, qui est accaparée et appropriée par le créancier hypothécaire. Si donc le propriétaire conserve toutes les utilités matérielles de la chose et peut les aliéner, il ne peut, en revanche, disposer de sa valeur économique. Contrairement à ce que pense Bonnecase, il y a bien une sorte de démembrement des pouvoirs du propriétaire. Et M. Quincarlet écrit avec raison : « Le propriétaire n'a pu transférer à autrui que ce qui lui reste de la propriété, c'est-à-dire les utilités matérielles de la chose ; tout le monde, y compris le propriétaire constituant et l'acquéreur, étant tenu de respecter

commerciale, thèse, Toulouse, 1935, n° 94. — Hébraud, article précité, D.H., 1939, chron., p. 21.

43. *Loc. cit.*

44. *Loc. cit.*

l'affectation de la valeur de l'immeuble au paiement de la créance garantie, personne ne pourra accaparer cette valeur au détriment du créancier hypothécaire ; le propriétaire, s'il peut aliéner, ne peut donc pas toucher le prix de l'aliénation, et l'acquéreur ne peut valablement le lui verser », et il conclut : « La situation est au fond la même que pour les droits réels principaux démembrés de la propriété, et l'action du créancier hypothécaire ne différera pas de celle de l'usufruitier, par exemple, lorsque celui-ci exerce son droit à l'encontre d'un acquéreur de la nue-propriété, que parce qu'elle aura pour objet, non l'usage et la jouissance de l'immeuble, mais sa valeur en argent. » [45].

En somme, *lorsque le créancier hypothécaire invoque son droit réel contre un tiers acquéreur, il ne fait qu'opposer son droit à ce tiers ;* il lui demande de cesser sa domination sur la chose pour qu'il puisse exercer son droit.

184. Nous arrivons donc à une notion du droit de suite commune à tous les droits réels. Le droit de suite, dans quelque droit réel que ce soit, n'est autre chose que la faculté pour le titulaire de ce droit d'opposer ses pouvoirs aux tiers, et de les faire respecter par eux. C'est une *image expressive pour traduire l'opposabilité du droit réel* à des tiers qui exercent une domination sur l'objet du droit, la chose.

Pour bien préciser dans quelles hypothèses se présente cette situation, il faut indiquer rapidement les diverses attitudes que peut prendre un tiers qui, par son action sur la chose, empêche l'exercice du droit réel. Ce tiers peut, tout d'abord, n'avoir aucun droit sur la chose ; et, dans ce cas, il peut être de bonne ou de mauvaise foi, c'est-à-dire croire à l'existence d'un droit à son profit, ou savoir qu'il n'exerce sur la chose qu'une domination de fait par suite d'une simple tolérance ou même d'une usurpation ; le droit de suite, l'opposabilité du droit ne présentent en ce cas aucune difficulté particulière. Le tiers peut, en second lieu, avoir un droit sur la chose, mais un droit différent de celui du titulaire envisagé ; ce cas ne présente pas davantage de difficulté ; les deux droits étant différents, l'exercice de l'un n'empêche pas l'exercice de l'autre ; celui qui détiendra la chose sous sa domination ne pourra s'opposer à l'exercice du droit d'autrui sans dépasser le sien propre, c'est-à-dire sans exercer une action illégitime ; s'il s'y oppose, on pourra dire qu'il agit sans droit, et l'on retombe alors dans la première hypothèse. Enfin, le tiers

45. Quincarlet, *op. cit.*, p. 418.

peut avoir acquis le même droit que celui dont se prévaut le titulaire envisagé ; il présente à l'appui de sa prétention un titre d'acquisition régulier, émanant du précédent titulaire du droit, et ne différant de celui du titulaire envisagé que par sa date ; il en résulte un conflit d'attribution du droit ; et la solution de ce conflit fera apparaître l'idée d'opposabilité, car celui des deux antagonistes auquel le droit sera reconnu opposera ce droit à l'autre pour le lui faire respecter ; mais, pour traduire cette situation, l'on ne se sert pas de l'expression de droit de suite ; en raison de l'identité des droits invoqués et de la régularité apparente des titres d'acquisition, on parle de droit de préférence. Nous verrons, lors de l'étude de ce droit de préférence, les rapports qui existent entre cette notion et celle d'opposabilité. Il suffit ici de dire que le droit de suite ne recouvre pas tous les cas d'opposabilité du droit ; mais toutes les hypothèses du droit de suite ne sont que des cas particuliers d'opposabilité du droit réel aux tiers, et, l'on peut même dire, aux tiers qui exercent sans droit une domination sur la chose.

Le droit de suite, en définitive, est le pouvoir pour le titulaire du droit réel d'opposer son droit aux tiers et de faire cesser la domination qu'un tiers exercerait sur la chose, objet du droit, et qui empêcherait l'exercice de ce droit.

b) *La notion de droit de suite et le droit de créance*

185. Pour concevoir, en matière de droit de créance, une situation analogue à celle que l'on désigne en parlant de droit de suite du titulaire d'un droit réel, il faudrait que l'objet du droit de créance se trouve sous la domination d'une tierce personne qui s'opposerait à l'exercice du droit ; or, le droit de créance a pour objet le fait d'une personne, et ce fait, qui peut être une action ou une abstention, est toujours le produit de la libre volonté de cette personne ; il faudrait donc que la volonté du débiteur se trouve sous la domination d'un tiers, et que le créancier ait le pouvoir de faire cesser cette domination, d'exercer son droit malgré cette domination.

186. Une telle situation n'est pas une hypothèse irréalisable. Il n'est pas besoin pour en trouver des exemples de faire appel, comme le fait M. Rigaud, « aux législations primitives et à la rude époque où le créancier pouvait faire mainmise sur la per-

sonne du débiteur et le forcer à travailler comme un esclave, jusqu'à complet désintéressement » [46].

Certes, on comprend que M. Rigaud parle de droit de suite pour qualifier les pouvoirs du créancier à cette époque. C'est qu'alors l'analogie avec le droit réel était frappante. Les pouvoirs du créancier sur la personne du débiteur étaient de même nature que ceux du propriétaire sur sa chose. Il s'agissait dans les deux cas de pouvoirs d'action directe et physique. Et, de même que la chose pouvait être dérobée à l'action du propriétaire, de même le débiteur pouvait se dérober ou pouvait être dérobé à l'action du créancier. On pouvait parler d'un droit de suite du créancier sur le débiteur. Le créancier pouvait exercer son droit sur le débiteur en quelque lieu que celui-ci se trouve et sous quelque domination qu'il puisse tomber, tout comme le propriétaire pouvait le faire pour sa chose. La similitude des situations était parfaite.

187. Si la nature des pouvoirs accordés au créancier a changé, il n'empêche qu'aujourd'hui, comme hier, le créancier exerce son droit contre la personne du débiteur, où qu'elle se trouve et sous quelque domination qu'elle puisse tomber.

Les progrès de la civilisation et l'adoucissement des mœurs ont fait enlever au créancier les pouvoirs de coercition directe et physique qu'il avait sur la personne du débiteur. Depuis la quasi-suppression de la contrainte par corps, le créancier ne peut guère agir sur la personne de son débiteur pour le forcer à s'exécuter. Il n'a qu'un simple pouvoir d'ordre psychologique s'exerçant sur la volonté du débiteur et lui permettant d'exiger que ce dernier exécute la prestation promise. Le créancier est certes garanti contre l'inexécution et possède certains pouvoirs sur les biens de son débiteur pour obtenir un dédommagement du préjudice que lui cause cette inexécution. Mais il est nécessaire de ne pas confondre, ainsi qu'on le fait trop souvent, les pouvoirs accordés au créancier pour le dédommager de l'inexécution de la prestation, et le droit de créance proprement dit qui lui permet d'exiger l'exécution de cette prestation. Si l'on considère donc le pouvoir substantiel du droit de créance, en le distinguant bien des pouvoirs accessoires qui assurent la réparation du dommage causé par l'inexécution, on peut dire que le droit de créance se réduit au pouvoir d'exiger du débiteur qu'il s'exécute. Il est évident que ce pouvoir suit la personne du débiteur et l'oblige partout où elle se trouve.

46. Rigaud, *op. cit.*, p. 263.

Il semble même que la nature de ce pouvoir empêche toute immixtion des tiers dans l'exercice du droit de créancier, et, par voie de conséquence, écarte toute hypothèse analogue à celle où apparaissait le droit de suite du droit réel. En effet, le pouvoir du créancier d'exiger la prestation, pouvoir d'ordre essentiellement psychologique, pourra toujours se réaliser indépendamment de toute action d'un quelconque tiers. Il paraît donc inutile de parler d'un droit de suite, puisque le débiteur ne peut se dérober et ne peut être dérobé à cette emprise idéale du créancier. On comprend alors qu'on n'ait pu employer, pour le droit de créance, l'image du droit de suite qui convenait si bien au droit réel. Il n'empêche que les pouvoirs du créancier, aussi bien et peut-être mieux que ceux du propriétaire, suivent leur objet, en l'espèce la volonté du débiteur, partout où il se trouve.

188. Il convient, cependant, de remarquer que le résultat essentiel pour le créancier est l'exécution de la prestation. Et si les tiers ne peuvent avoir aucune action sur le pouvoir du créancier tel que nous venons de l'analyser, ils peuvent, par leur fait, empêcher l'exécution de la prestation. De même, on peut dire que le droit de créance comporte, outre le pouvoir d'exiger la prestation, le droit de l'obtenir, et que si les tiers ne peuvent empêcher le créancier d'exiger, ils peuvent l'empêcher d'obtenir en exerçant une certaine action sur la personne ou la volonté du débiteur. On peut considérer alors que la volonté du débiteur est dominée par un tiers qui, par son fait, l'empêche d'exécuter la prestation. Et l'on peut voir là une domination du tiers sur l'objet du droit de créance, analogue à celle qu'exercent sur l'objet du droit réel les tiers contre lesquels on invoque le droit de suite. Si le créancier n'était pas protégé contre de tels faits, on pourrait dire qu'il en résulterait une infériorité du droit de créance par rapport au droit réel, qui justifierait l'opposition que l'on établit entre eux du point de vue du droit de suite. Or, le créancier, comme le propriétaire, est protégé contre de tels faits qui portent incontestablement atteinte à son droit.

L'action du tiers peut revêtir des aspects différents. Il peut s'agir d'une action physique sur la personne même du débiteur ou sur l'objet de la prestation, action qui constitue pour le débiteur une sorte de force majeure ; celui-ci veut exécuter, mais il ne le peut pas à cause du tiers. Le plus souvent, toutefois, il s'agira d'une domination d'ordre psychologique sur la volonté du débiteur ; par un moyen quelconque de persuasion, le tiers amène le débiteur à ne pas exécuter et l'aide à violer son obli-

gation ; le débiteur pourrait exécuter, mais il ne le veut pas à cause du tiers. Dans toutes ces hypothèses, le créancier, comme le titulaire d'un droit réel, pourra, chaque fois que cela sera possible, faire cesser l'action perturbatrice du tiers pour permettre l'exécution de la prestation. Lorsque le fait du tiers aura définitivement rendu l'exécution impossible, le créancier, comme le titulaire d'un droit réel dont la chose aurait été détruite, pourra demander au tiers une réparation compensatoire.

189. Il y a longtemps que la jurisprudence a fait application de ces principes et a assuré *la protection du créancier contre les agissements des tiers* qui portent atteinte au droit de ce créancier. Dans une thèse remarquable, M. Pierre Hugueney a fait la synthèse des solutions jurisprudentielles, et a développé le principe de la « responsabilité du tiers complice de la violation d'une obligation contractuelle » [47].

Nous ne pouvons passer en revue toutes les applications que la jurisprudence a tirées de ce principe, pas plus que nous ne pouvons reprendre les discussions auxquelles a donné lieu la construction technique de cette responsabilité, et les diverses théories qui ont été proposées pour l'expliquer [48]. Disons simplement que l'idée qui se trouve à sa base est l'opposabilité du droit de créance. Si l'on permet, en effet, au créancier de poursuivre et de faire condamner le tiers, c'est certainement parce que ce dernier a commis une faute ; mais en quoi, cette faute, peut-elle consister, si ce n'est dans la méconnaissance du droit du créancier ? C'est parce que le droit de créance est opposable aux tiers, et que ces tiers doivent en respecter l'exercice, que le créancier peut faire cesser toute domination qui empêche cet exercice ou demander réparation aux tiers qui rendent impossible l'exécution de l'obligation.

Remarquons que la demande de réparation par équivalent sera souvent la seule ressource du créancier, car, en général, l'action ou la domination du tiers aura définitivement rendu impossible

47. Pierre Hugueney, *Responsabilité civile du tiers complice de la violation d'une obligation contractuelle*, thèse, Dijon, 1910.

48. Sur tous ces points, voir, outre la thèse de M. Hugueney, Demogue, t. VII, n° 1162 et s. — H. Lalou, *1382 contre 1165 ou la responsabilité délictuelle des tiers à l'égard d'un contractant et d'un contractant à l'égard des tiers*, D.H., 1928, ch.. p. 69 ; *La responsabilité civile*, n° 716 et s. — H. et L. Mazeaud, *Traité de la responsabilité*, t. I, 4e éd., nos 144, 971 et s. — Weill, *Le principe de la relativité des conventions*, thèse, Strasbourg, 1938, p. 407-459. — Simone Calastreng, *La relativité des conventions*, thèse, Toulouse, 1939, p. 310-336. — Boulanger, *Les conflits entre des droits qui ne sont pas soumis à la publicité*, Rev. trim., 1935, p. 545, not., n° 15 et s.

l'exécution de la prestation. Il en sera ainsi chaque fois que le débiteur ne voudra plus exécuter et qu'il ne sera pas possible de se passer de sa volonté pour accomplir la prestation. Mais lorsque l'exécution forcée de l'obligation reste possible et que, seuls, les actes juridiques passés entre le débiteur et le tiers y mettent obstacle, le créancier aura le droit de faire annuler ces actes.

190. C'est ainsi que la jurisprudence n'a pas hésité à sanctionner la violation d'une promesse unilatérale de vente, en annulant l'acquisition effectuée par un tiers au mépris de cette promesse. On s'accorde pour reconnaître que la promesse de vente n'engendre aucun droit réel sur la chose qui en est l'objet, et que le bénéficiaire n'obtient qu'un droit de créance contre le promettant [49]. Ce dernier conserve donc la propriété de la chose et peut la transmettre à un tiers. Mais, en achetant, le tiers acquéreur empêche l'exécution de la promesse ; et la jurisprudence a admis que si ce tiers acquéreur est de mauvaise foi, c'est-à-dire s'il a eu connaissance de l'existence de la promesse, le bénéficiaire de cette promesse peut demander l'annulation de la vente pour obtenir ensuite la réalisation de son droit [50].

Les autres cas où les tribunaux ont retenu et sanctionné la responsabilité des tiers pour violation d'une obligation sont innombrables ; les hypothèses les plus connues sont relatives au débauchage d'artistes, d'ouvriers ou d'employés [51]. La jurispru-

49. Aubry et Rau, 6e éd., t. II par E. Bartin, § 209, texte et note 4 ; t. VI par Paul Esmein, § 349, p. 9 et 10, texte et note 13. — Planiol, Ripert et Hamel, t. X, n° 32. — Ripert et Boulanger, t. II, n° 2419. — Colin, Capitant et Julliot de la Morandière, t. II, n° 832. — Josserand, t. II, n° 1072, 4°. — Labbé, Rev. crit., 1881, chr., p. 353. — H. Lalou, D.H., 1928, chr., 1. — Civ., 10 mars 1886 : S. 1887.1.83 ; D. 1887.1.261. — Req., 26 mai 1908, D. 1909. 1.425, note Percerou ; S. 1909.1.307. — Req., 26 novembre 1935 : D.P. 1936. 1.37, rapport E. Pilon. — Civ., 7 mars 1938 : D.H. 1938.260. — *Adde*, Sur le caractère particulier du droit du bénéficiaire d'une promesse unilatérale de vente ou « pacte d'option », L. Boyer, *Les promesses synallagmatiques de vente*, Rev. trim. dr. civ., 1949, p. 1 et s., spécialement n°s 26 et 27.

50. Bordeaux, 17 août 1848 : D. 1849.2.46 ; S. 1849.2.64. — Lyon, 6 juillet 1883 : D. 1885.2.259. — Req., 15 avril 1902 : D. 1903.1.38 ; S. 1902.1.316. — Nancy, 3 avril 1906 : D. 1908.2.148 ; S. 1906.2.241, note Bourcart. — Req., 12 janvier 1926 : S. 1926.1.183. — Civ., 13 novembre 1929 : D. 1929.1.13. — Req., 28 août 1940 : S. 1940.1.103. — Cf., Hugueney, *op. cit.*, p. 73 et s. — Demogue, t. VII, n° 1165. — A. Weill, *op. cit.*, n° 234. — S. Calastreng, *op. cit.*, p. 310. — Morel, *La violation d'une promesse de vente*, Etudes Capitant, 1939, p. 541. — Sur la preuve de la mauvaise foi, v., *infra*, n° 192.

La Cour de Cassation a récemment donné une solution identique au cas de constitution d'hypothèque sur un immeuble ayant fait l'objet d'une promesse de vente. Elle a sanctionné la responsabilité du bénéficiaire de l'hypothèque en autorisant la mainlevé de celle-ci. Civ., 10 avril 1948 : J.C.P. 1948. II.4403, note E. Becqué ; D. 1948.J.421, note Lenoan ; S. 1948.1.127 ; Rev. trim. dr. civ., 1948, p. 349, avec les observations de M. J. Carbonnier.

51. Hugueney, *op. cit.*, p. 89 et s. — Lalou, *La responsabilité civile*, n° 718.

dence consacre la responsabilité de celui qui, en connaissance de cause, provoque ou facilite la rupture d'un contrat d'engagement ou de travail. Le débauchage peut même constituer le délit pénal de corruption d'employé sanctionné par les articles 177 et 179 du Code pénal [52]. Et le législateur a lui-même reconnu expressément la responsabilité pour action de débauchage dans l'article 23*a* du livre 1° du Code du Travail (loi du 5 février 1932). Cet article prévoit la responsablité du nouvel employeur et le déclare notamment responsable : « 1° quand il est démontré qu'il est intervenu dans le débauchage... ». Mais la responsabilité est la même et l'action est également possible contre un tiers quelconque qui décide un salarié à quitter son patron. De nombreuses décisions ont notamment admis la responsabilité du syndicat, de l'homme politique ou du journaliste qui avaient déterminé des ouvriers à se mettre en grève dans des conditions illicites [53]. « De simples paroles pour engager à ne pas respecter un contrat suffisent, écrit Demogue ; l'intervention même verbale suffit si le juge peut la qualifier de causale. » [54].

Les tribunaux consacrent de la même manière la responsabilité de celui qui sollicite d'un débiteur la violation d'une obligation de non-rétablissement ou de non-concurrence [55].

On peut rapprocher de ces décisions celles qui sanctionnent la violation des clauses relatives à des marchés commerciaux [56]. Il arrive que certains fabricants ou industriels stipulent, en vendant leurs produits, des clauses interdisant l'exportation ou limitant le prix de vente. La jurisprudence a admis la responsabilité du sous-acquéreur qui, ayant eu connaissance de la clause, ne l'a pas respectée. On y a vu une application de la responsabilité du tiers complice de la violation d'une obligation contractuelle [57]. Il semble qu'il faille faire une distinction. Supposons que l'acquéreur de l'objet ait vendu au prix imposé ; si le sous-acqué-

— Demogue, t. VII, n° 1163. — Civ., 27 mai 1908 : D.P. 1908.1.459 ; S. 1910. 1.118. — Req., 17 juin 1927 : Gaz. Pal. 1927.2.431. — Req., 2 juin 1930 : D.H.1930.377. — Req., 3 novembre 1931 : S. 1932.1.93.

52. Crim., 25 mars 1929 : D.P. 1930.1.22, note M.N.

53. Voir, sur ces décisions, Demogue, t. VII, n° 1164. — Cf., notamment, le célèbre arrêt Jaurès-Rességuier (Verreries de Carmaux), Req., 29 juin 1897 : D. 1897.1.537 ; S. 1898.1.17, note Esmein.

54. Demogue, *op. cit.*, n° 1182.

55. Req., 8 novembre 1904 : S. 1910.1.119 ; D. 1906.1.489, note Lacour. Cf., Hugueney, *op. cit.*, p. 118-134. — R. Labatut, *Les restrictions conventionnelles expresses à la liberté individuelle du commerce, de l'industrie et du travail dans la jurisprudence française*, thèse, Toulouse, 1928.

56. Hugueney, *op. cit.*, p. 171 et s. — C. Falque, *La vente à prix imposé*, Annales de droit commercial, 1937, p. 97. — H. Lalou, *Les prohibitions conventionnelles d'exportation*, D.H. 1929, p. 77. — S. Calastreng, *op. cit.*, p. 321-327.

57. Weill, *op. cit.*, n° 233.

reur vend en dehors des limites du prix, on ne peut pas dire qu'il empêche l'exécution de l'obligation de l'acquéreur, ou qu'il contribue à la violation de cette obligation, puisque l'acquéreur l'a, par hypothèse, exécutée. En réalité, ce que l'on demande au sous-acquéreur, c'est d'exécuter la même obligation. Il faut voir là un cas de transmission au tiers acquéreur d'une obligation accessoire au bien transmis [58]. Ce n'est que lorsque l'acquéreur aura vendu l'objet au mépris de l'obligation qu'il avait contractée, que l'on pourra dire que le sous-acquéreur a participé à la violation de cette obligation [59].

191. Cet exemple nous permet d'observer qu'il est nécessaire de bien distinguer la force obligatoire de l'obligation et son opposabilité. Le principe de la relativité des conventions a trait à la première, et signifie que l'on ne peut imposer l'exécution d'une obligation à une personne autre que le débiteur ou ses ayants cause pour lesquels il a pu s'engager. C'est en ce sens que l'on peut dire que le droit de créance n'a que des effets relatifs ; on entend alors par « effets » le domaine d'exercice du droit, l'étendue de son objet ; on envisage son exécution, sa réalisation, et il est certain que le droit de créance n'est exécutable que contre certaines personnes bien déterminées. Mais on a pu soutenir avec raison que le droit réel a aussi des effets relatifs, car « il n'autorise l'autorité que sur une chose désignée » [60]. Lorsqu'on dit que le droit réel a des effets absolus, on envisage son opposabilité, c'est-à-dire sa reconnaissance et son respect par les tiers ; on indique que le droit réel est opposable à tous, que son respect s'impose de plein droit à toute personne. De même, l'opposabilité du droit de créance sanctionne la reconnaissance et le respect par les tiers de l'existence de ce droit. Et la conclusion qui se dégage de l'étude que nous venons de faire est que *cette opposabilité du droit de créance, ou droit personnel, joue dans des cas analogues à ceux où s'exerce l'opposabilité du droit réel que traduit le droit de suite,* c'est-à-dire en cas de domination sur l'objet même du droit.

D'une façon générale, lorsqu'un tiers exerce illégitimement une domination sur l'objet d'un droit, domination qui empêche

58. Voir, Rouen, 28 novembre 1925, D.P. 1927.2.172, note Lepargneur.
59. Cf., Calastreng, *loc. cit.*
60. Calastreng, *op. cit.*, p. 361-362. — Sur la distinction entre la force obligatoire et l'opposabilité, voir l'ensemble de la thèse de Mlle Calastreng, Toulouse, 1939, et celle de M. Weill, Strasbourg, 1938, notamment p. 172.280. — R. Savatier, *Le prétendu principe de l'effet relatif des contrats*, Rev. trim. dr. civ., 1934, p. 525 et s.

l'exercice de ce droit, le titulaire du droit peut faire cesser cette domination. Cette faculté que l'on appelle, pour le titulaire du droit réel, « droit de suite », est également accordée au titulaire du droit personnel.

Mais en donnant ainsi à la notion de droit de suite sa véritable signification, en la plaçant dans son domaine qui est celui de l'opposabilité, ne fait-on pas apparaître une différence entre droit réel et droit personnel que traduirait cette notion ? Si l'idée d'opposabilité que traduit le droit de suite se trouve dans le droit personnel, n'y a-t-il pas une différence dans l'étendue de cette opposabilité selon que le droit est réel ou personnel ?

c) *L'étendue de l'opposabilité du droit réel et du droit de créance*

192. A la fin de sa brillante thèse sur la « relativité des conventions », Mlle Calastreng nous donne une « ébauche de l'opposabilité » [61]. Après avoir distingué l'opposabilité de la convention et celle des droits créés, elle étudie spécialement les différences d'opposabilité entre droits réels et droits de créance. Et elle conclut que l'opposabilité du droit réel est absolue, tandis que celle du droit de créance est relative ; plus précisément, l'opposabilité du droit de créance serait relative aux personnes qui ont eu connaissance de ce droit. « L'ignorance légitime d'un droit personnel, écrit Mlle Calastreng, octroie au tiers la permission de n'en pas respecter l'exécution. » [62]. Et, de fait, la jurisprudence, sur la responsabilité du tiers complice de la violation d'une obligation, n'a admis la responsabilité qu'autant qu'il était prouvé que le tiers avait eu connaissance de l'obligation qu'il avait contribué à violer. Cette preuve peut s'établir par tous les moyens, puisqu'il s'agit d'un fait ; mais, la bonne foi du tiers étant présumée, c'est au créancier lésé à la rapporter [63].

Il y aurait donc entre droit réel et droit de créance une différence dans l'étendue de leur opposabilité : tandis que le droit réel serait opposable à tous, le droit de créance ne serait opposable

61. *Op. cit.*, p. 361 et s., spécialement p. 388-412. — Comp., Bastian, *Essai d'une théorie générale de l'inopposabilité*, thèse, Paris, 1929.
62. *Op. cit.*, p. 389.
63. Cf., Pour le débauchage d'employé, Paris, 24 novembre 1904 ; S. 1905. 2.284. — Civ., 27 mai 1908 précité. — Pour la violation des clauses de marchés commerciaux, Req., 3 mai 1920 : S. 1921.1.158 (prohibition d'exportation). — Paris, 21 octobre 1936 : S. 1937.2.235, note A. Jack (limitation de prix).

qu'aux tiers de mauvaise foi, c'est-à-dire aux tiers qui en ont eu connaissance.

Avant de rechercher la raison et le fondement de cette différence, ce qui nous permettra d'en apprécier la valeur, il nous faut d'abord, tout en vérifiant son exactitude, en préciser la portée pratique.

193. On peut douter, en effet, que cette différence soit en pratique aussi tranchée qu'on semble le dire. Il n'est pas sûr notamment que le droit réel ait dans tous les cas une opposabilité absolue.

En premier lieu, plusieurs auteurs ont déjà fait remarquer que, dans la mesure où l'article 2279 du Code civil s'appliquait, le droit de suite disparaissait [64]. Si l'on examine, en effet, l'étendue de l'opposabilité des droits réels sur meubles corporels, on s'aperçoit qu'elle est, en fait, restreinte aux tiers de mauvaise foi, c'est-à-dire encore à des tiers qui ont eu connaissance du droit réel. Supposons, tout d'abord, que le titulaire du droit réel soit en possession du meuble ; son droit sera opposable à tout tiers qui voudrait y porter atteinte ; mais ce tiers sera de mauvaise foi, du moins aura-t-il nécessairement connaissance du droit réel, car la manifestation extérieure que la possession de la chose donne de l'existence de ce droit l'empêche de l'ignorer [65]. Lorsque le titulaire du droit aura perdu la possession, l'article 2279 l'empêchera de revendiquer contre les tiers de bonne foi qui seront en possession. Mais, bien que l'article 2279 ne le dise pas expressément, tout le monde admet que la revendication est possible contre les tiers de mauvaise foi, c'est-à-dire contre les tiers qui auront conscience de la précarité de leur droit et de leur possession, et qui, par conséquent, auront connaissance du droit du véritable titulaire. Il n'est donc pas abusif de dire que, pratiquement, l'opposabilité du droit réel est ici restreinte aux tiers qui ont eu connaissance du droit [66]. En

64. E. Lévy, *Preuve par titre du droit de propriété*, thèse, Paris, 1896, p. 128. — Rigaud, *op. cit.*, p. 265. — Chauveau, *op. cit.*, n° 10, p. 550. — Sur le rôle et la fonction de l'article 2279, voir, Abdel-Baki, *Du rôle de la possession en matière mobilière*, thèse, Paris, 1943.

65. En cette matière, d'ailleurs, la possession ne constitue pas seulement une sorte de publicité du droit, elle remplit également une fonction probatoire ; elle constitue la preuve du droit exercé. Cf., Abdel-Baki, thèse citée, n° 186 et s., p. 461 et s.

66. On rétorquera peut-être que si le droit de suite, donc l'opposabilité disparaît, c'est parce que le droit réel est éteint. Mais, pratiquement, le résultat est le même : que le droit du véritable titulaire soit inopposable aux tiers ou qu'il soit éteint, c'est pour ce titulaire, comme pour les tiers, la même chose.

sorte qu'on aboutit, en matière de droit réel sur meubles corporels, à une solution de principe identique à celle que l'on pose pour les droits de créance : opposabilité aux tiers de mauvaise foi.

D'autre part, le législateur a soumis l'opposabilité de certains droits réels, à l'égard de certains tiers, à certaines conditions de publicité. Le droit ne leur est opposable que s'il a été publié. Mais, lorsque ces mesures de publicité ont été accomplies, il est évident que les tiers ne pourront pas prétendre avoir ignoré le droit envisagé. Ils pouvaient facilement en avoir connaissance et ils sont certainement en faute s'ils ne se sont pas renseignés. On peut donc dire que, pour ces tiers, l'opposabilité du droit réel est fonction de la connaissance qu'ils pouvaient avoir de ce droit [67]. Ici, encore, on objectera peut-être que s'il y a inopposabilité du droit réel, c'est parce qu'il y a inopposabilité de la convention créatrice du droit [68]. Si le tiers n'a pas à respecter le droit réel, c'est parce qu'à ses yeux ce droit n'a pas été créé, n'a pas été valablement transféré entre les mains du titulaire actuel. Mais cette distinction entre l'opposabilité de la convention et l'opposabilité du droit créé, qui à première vue paraît séduisante et qui peut être nécessaire dans certaines hypothèses [69], devient

67. La jurisprudence est même ici plus rigoureuse qu'en matière de droit personnel ; elle n'a pas permis au titulaire du droit non publié de combattre l'espèce de présomption d'ignorance dont bénéficient alors les tiers, en prouvant qu'ils ont eu, en fait, connaissance du droit ; pour que le droit non publié leur soit opposable, il faut que l'on puisse leur reprocher de véritables manœuvres frauduleuses destinées à faire obstacle à ce droit. Cf., Req., 6 avril 1925, et Civ., 7 décembre 1925 : D.P. 1926.1.185, note Savatier ; S. 1925.1.101 et 304. — Trib. civ. Seine, 16 juillet 1943 : D.C. 1944. J.19, note Rouast ; J.C.P. 1945.II.2743, note Becqué, confirmé par Paris, 11 mai 1945 : J.C.P. 1945.II.2833, et par Civ., 10 mai 1949 : D. 1949.J.278, note Lenoan ; J.C.P. 1949.II.4972, obs. E. Becqué. — Trib. civ. Toulouse, 3 mai 1948 : Gaz. Pal. 1948.2.82 ; Rev. trim. dr. civ., 1948, p. 488, observations de M. Solus. — Civ., 24 avril 1950 (2 arrêts) : J.C.P. 1950.II.5813, obs. signées R.C., Rev. trim. dr. civ., 1950, obs. Solus, p. 521, n° 2. — On essaye de justifier cette solution beaucoup plus qu'on ne l'explique, en y voyant une sanctions de la faute commise par le titulaire du droit qui a négligé de publier, et surtout par la nécessité de donner à tout système de publicité un certain caractère abstrait et mécanique ; la publicité manquerait son but « s'il fallait chaque fois fouiller la mentalité des différents ayants-cause » ; cf., Weill, *op. cit.*, n° 259. — Bastian, *Essai d'une théorie générale de l'inopposabilité*, thèse, Paris, 1929, not. p. 90 et s. — Planiol, Ripert et Picard, *op. cit.*, n° 654. — Demogue, t. VII, n° 1180. — Boulanger, art. cité, Rev. trim. dr. civ., 1935, p. 594. Il faut cependant reconnaître avec M. Savatier qu'il ne sera pas très facile de distinguer en la matière les manœuvres frauduleuses, de la simple connaissance (Savatier, note précitée. — V., cep., Civ., 24 avril 1950, précité) ; « presque toujours écrivent avec raison MM. Ripert et Boulanger, celui qui connaît un transfert de propriété antérieur, ne consent à acquérir lui-même que dans un but de fraude envers cet acquéreur ». Ripert et Boulanger, t. I, n° 3285 ; comp., Ripert, *La règle morale dans les obligations*, 4e éd., 1949, n° 171.

68. Cf., S. Calastreng, *op. cit.*, p. 399.

69. Cf., S. Calastreng, p. 387.

subtile et inutile dans la nôtre. Qu'importe au tiers qu'il y ait inopposabilité de la convention ou inopposabilité du droit créé, puisque, dans l'un comme dans l'autre cas, le résultat pratique sera, pour lui, le même. Et d'ailleurs, lorsqu'on déclare que le droit personnel n'est pas opposable aux tiers qui n'en ont pas eu connaissance, pourquoi dire qu'aux yeux de ces tiers il y a inopposabilité du droit créé plutôt qu'inopposabilité de la convention ? Qu'il s'agisse d'un droit réel ou d'un droit de créance, la situation est la même : certains tiers pourront méconnaître l'existence d'un droit qui a valablement été acquis ou transmis entre parties à la convention, et qui est opposable à d'autres tiers ; on pourra expliquer ce résultat aussi bien par l'inopposabilité du droit, que par l'inopposabilité de la convention.

De toute façon, ces hypothèses montrent qu'en pratique *l'opposabilité du droit réel n'est pas toujours absolue et qu'elle est souvent restreinte aux tiers qui ont eu, ou ont pu avoir, connaissance du droit.*

Mais, même en laissant de côté ces cas particuliers, comment expliquer et comment justifier rationnellement une différence de principe entre l'opposabilité des droits réels et celle des droits de créance ?

194. *A priori,* il ne doit y avoir aucune différence entre les droits du point de vue de leur opposabilité ; tous les droits doivent avoir une opposabilité absolue. Un droit, lorsqu'il est créé, constitue un fait social dont l'existence s'impose à tous. Il doit y avoir pour tous une obligation de respecter les droits d'autrui. Cette obligation générale de respect est un élément essentiel du droit. Sans elle, le droit perdrait toute valeur ; on aboutirait, du point de vue social, à l'insécurité et à l'anarchie, que le droit a justement pour but de faire disparaître. L'existence d'un droit suppose donc son respect par tous les tiers, c'est-à-dire son opposabilité à tous.

Cependant, ce principe rationnel est limité par un principe d'équité et de justice, et par un certain besoin de sécurité que le législateur doit satisfaire. On peut, en effet, supposer qu'un individu, tout en restant dans les limites de sa liberté, c'est-à-dire en ne commettant aucune action dépassant le cadre de ses propres droits, porte préjudice à l'exercice d'un droit d'autrui qu'il ne connaissait pas ; l'équité empêche que cet individu soit rendu responsable de ce préjudice, puisque, par hypothèse, il n'a commis aucune faute ; et, face au besoin de sécurité que pourrait invoquer le titulaire du droit violé, cet individu peut, lui aussi,

invoquer la sécurité dont doit bénéficier toute personne qui agit loyalement. Le législateur doit donc trancher en cette matière un conflit entre deux intérêts opposés qui peuvent être également légitimes. Ce conflit, où l'on voit apparaître la nécessité de concilier la logique juridique avec les réalités pratiques, ne peut se résoudre que par la comparaison des intérêts en présence, et des conséquences pratiques de chaque solution envisagée. Ces intérêts et ces conséquences pourront varier avec chaque droit. L'opposabilité du droit aux tiers qui n'en ont pas eu connaissance pourra être plus ou moins équitable, plus ou moins opportune, selon les cas. Et, il se peut que, dans certaines hypothèses, les nécessités du commerce juridique, les besoins de sécurité ou de rapidité dans les transactions obligent à faire prévaloir l'intérêt des tiers de bonne foi qui ont agi loyalement sur celui du titulaire du droit méconnu.

Ces nécessités pratiques et ces dérogations à l'opposabilité absolue des droits pourront se présenter en matière de droits réels, aussi bien qu'en matière de droits de créance. Et nous avons vu que, pratiquement, l'opposabilité des droits réels n'était pas toujours absolue, et qu'elle était parfois restreinte aux personnes qui avaient eu, ou pu avoir, connaissance du droit. Mais la différence naturelle qui existe entre droits réels et droits de créance, du point de vue de leur objet, pourra justifier, en cette matière, des solutions de principe différentes ; selon que l'objet du droit sera une chose ou le fait d'une personne, l'ignorance des tiers pourra paraître plus ou moins excusable, l'opposabilité du droit être plus ou moins équitable, ou encore les conséquences pratiques de cette opposabilité plus ou moins avantageuses.

195. C'est ainsi que si l'on envisage *les droits réels*, on peut se demander, tout d'abord, dans quelle mesure la conduite des tiers, qui ont, en fait, ignoré l'existence d'un tel droit, est irréprochable ; autrement dit, les tiers peuvent-ils raisonnablement ignorer l'existence d'un droit réel, sans être coupables de leur ignorance ?

Dans l'état actuel de notre société, toutes les choses sont appropriées ; les *res nullius* sont exceptionnelles. Nul ne peut ignorer, par conséquent, que sur toute chose pèse au moins un droit réel [70]. La bonne foi du tiers ne peut donc consister que dans la croyance de la transmission à son profit du droit réel qui frappe la chose. Et cette croyance, pour ne pas se cacher sous le « mas-

70. Comp., Capitant, *Introduction à l'étude du droit civil*, n° 87, p. 124.

que facile de la bêtise », devra s'appuyer sur un titre de transmission valable, mais inefficace, par suite de l'absence de droit du cédant. On ne saurait admettre, en effet, la bonne foi de ceux qui n'apportent aucun titre à l'appui de leur croyance en la transmission du droit, ou de ceux qui n'apportent qu'un titre nul, car il serait trop facile, selon l'expression de M. M. Mazeaud, de « jouer l'imbécile pour échapper à toute sanction ». Il est cependant admis, en matière mobilière, que la bonne foi peut exister malgré l'absence d'un titre, ou malgré la nullité du titre de transmission ; on n'exige pas, pour l'application de l'article 2279, l'existence d'un juste titre ; le titre putatif qui n'existe pas, ou n'est valable que dans l'imagination de son auteur, suffit à constituer celui-ci de bonne foi [71]. Mais on considère que la bonne foi du tiers ne peut exister que s'il a cru traiter avec le véritable titulaire du droit réel mobilier, par conséquent s'il a ignoré l'absence de droit de son auteur. On peut donc dire qu'en matière de droit réel, l'ignorance du droit d'autrui n'est admissible que si le tiers a ignoré l'absence de droit de son auteur [72].

Mais cette ignorance est-elle, elle-même, à l'abri de tout reproche ? Est-elle suffisante pour justifier l'atteinte directe qui est portée au droit d'autrui, pour rendre ce droit inopposable ?

On peut en douter si l'auteur de ce tiers n'a jamais été titulaire du droit cédé. Lorsqu'une personne acquiert un droit sur une chose, la prudence la plus élémentaire qui s'impose à elle est, en effet, de vérifier les droits de son auteur. On pourra donc lui reprocher de n'avoir pas exigé la preuve des droits qu'elle voulait acquérir, ou de s'être contentée d'une preuve insuffisante. En revanche, son ignorance pourra paraître compréhensible et excusable si son auteur a bien été titulaire du droit envisagé, mais l'avait déjà transmis en totalité ou en partie au titulaire actuel, ou à l'auteur de ce dernier. Au seul examen des titres de son auteur, le tiers pourra savoir que ce dernier a été titulaire du droit, mais il ne pourra pas savoir qu'il ne l'est plus. Le conflit particulier qui se présente alors est un conflit entre deux

71. V., Abdel-Baki, *op. cit.*, p. 231 et 258, et les références citées. — Cet auteur critique d'ailleurs les conceptions courantes, il estime que la bonne foi ne peut être que la croyance d'être devenu propriétaire, ou titulaire du droit réel, et que cette croyance doit s'appuyer même en matière mobilière sur un juste titre (v., nos 76 et 84). Il tempère cependant son système en estimant que le juste titre doit se présumer, et il impose au revendiquant la preuve de son défaut (v., n° 85).

72. Remarquons que nous n'envisageons que l'hypothèse d'un tiers dont l'auteur est une personne autre que celle avec laquelle ce tiers se trouve en conflit. Si le tiers prétend avoir acquis le droit de la personne avec laquelle il est en conflit, la contestation ne porte que sur la régularité de la transmission et non sur l'opposabilité du droit.

prétendants au même droit réel sur une même chose, apportant tous deux un titre d'acquisition régulier émanant de l'ancien titulaire du droit ; il pose une question de priorité que nous retrouverons avec l'étude du droit de préférence, et nous comparerons à ce moment, d'une manière plus précise, les règles de solution qui lui sont applicables avec celles qui s'appliquent aux conflits analogues entre droits personnels. Rappelons simplement que c'est surtout en vue de ces conflits que le législateur a organisé la publicité des droits réels immobiliers ; et il est certain que, dans la mesure où cette publicité fonctionne et a été effectuée, le tiers ne pourra prétendre ignorer le droit publié. Pour qu'une personne qui soutient n'avoir pas eu connaissance d'un droit réel puisse être à l'abri de tout reproche, il faut donc envisager des droits réels qui ne soient pas soumis à publicité, ou des droits réels qui, bien que non publiés, soient opposables à cette personne. La publicité des droits réels telle qu'elle est organisée en France est, sans doute, loin d'être parfaite ; elle est cependant assez complète pour que ces hypothèses soient assez rares. Si on laisse de côté les droits réels mobiliers soumis à l'article 2279, pour lesquels l'opposabilité est, en fait, réduite aux tiers de mauvaise foi, et si, d'autre part, on fait du droit au bail un droit exclusivement personnel, on ne rencontre comme droits réels, échappant à la publicité, que ceux qui portent sur certains meubles incorporels : fonds de commerce, droits de propriété artistique ou littéraire [73]. Encore peut-on discuter le classement de ces droits dans la catégorie des droits réels ; leur régime juridique s'adapte difficilement sur certains points à celui des droits réels, et il est peut-être préférable d'en faire une catégorie à part, distincte à la fois des droits réels et des droits de créance.

73. Cf., Boulanger, *Les conflits entre des droits qui ne sont pas soumis à publicité*, rev. trim. dr. civ., 1935, p. 545 et s., n° 23 et s. — Les droits formant ce qu'on appelle « la propriété industrielle » sont au contraire soumis à certaines publicités. Tout d'abord, le droit n'est protégé que si certaines formalités sont accomplies à l'Office National de la propriété industrielle (loi du 5 juillet 1844 pour les brevets d'invention ; loi du 23 juin 1857 pour les marques de fabrique). En second lieu, la cession de ces droits n'est opposable aux tiers que par l'inscription à un registre spécial tenu au même Office (Loi du 26 juin 1920) ; la cession du brevet d'invention est en outre soumise à un enregistrement au Secrétariat de la Préfecture du département dans lequel l'acte a été passé, et cette cession ne peut se faire que par acte notarié (art. 20 de loi de 1844, mod. par loi du 26 décembre 1908). Voir, Simoni, *De la publicité des transmissions des marques et des brevets*, thèse, Paris, 1937. — Roubier, *La publicité des transmissions de droits industriels*, Etudes Capitant, p. 711.

En ce qui concerne la publicité prévue par la loi du 17 mars 1909 pour les fonds de commerce, elle a un objet très limité ; elle a pour but de prévenir les créanciers du vendeur d'une vente du fonds qui pourrait leur être préjudiciable ; elle n'a pas pour effet de régler le conflit pouvant s'élever entre deux personnes se prétendant toutes deux propriétaires du fonds.

Quoi qu'il en soit, ces droits seront opposables à des tiers qui n'auront pu en avoir connaissance ; et si l'on considère le droit du preneur comme un droit réel, on rencontre certainement des cas d'opposabilité du droit réel à des tiers dont la bonne foi est à l'abri de tout reproche. Il en est ainsi pour les baux d'immeubles inférieurs à 18 ans ; l'individu qui achète un immeuble, déjà loué à une autre personne pour moins de 18 ans, peut très bien ignorer le bail ; il n'a aucun moyen direct pour en avoir connaissance, et, si le preneur n'est pas entré en possession, rien ne lui permet même d'en soupçonner l'existence ; moyennant la preuve d'une date certaine antérieure à l'acquisition, le droit du preneur sera cependant opposable à l'acquéreur (art. 1743 du Code civil). Inversement, celui qui obtient un bail inférieur à 18 ans, d'une personne qui a déjà vendu l'immeuble, ne peut pas invoquer le défaut de publicité de la vente ; même si celle-ci n'est pas publiée, le droit de l'acquéreur lui sera opposable, bien qu'il n'ait eu, en ce cas, aucun moyen d'avoir connaissance de l'absence de droit de son auteur. Dans ces hypothèses, l'opposabilité du droit réel à des tiers qui n'ont pu en avoir connaissance ne peut donc s'expliquer par aucune faute, aucune négligence de ces tiers. Leur bonne foi est parfaite. Et l'on pourrait concevoir que cette bonne foi, jointe à l'intérêt légitime que ces tiers peuvent invoquer, soit suffisante pour faire obstacle à l'opposabilité du droit.

S'il n'en est pas ainsi, c'est que l'intérêt du titulaire du droit est tout aussi légitime, et que la prétention du tiers constitue l'obstacle direct et unique à l'exercice du droit. Rendre le droit réel inopposable au tiers de bonne foi, c'est enlever ce droit à son titulaire pour le donner au tiers. *A priori,* rien n'autorise de sacrifier ainsi le titulaire du droit ; seules, des considérations pratiques extérieures aux parties en présence, la sauvegarde d'intérêts supérieurs pourront justifier parfois une telle solution. En dehors de ces hypothèses dont le législateur est seul juge, l'intérêt et la bonne foi d'une personne sont insuffisants pour lui faire acquérir un droit au détriment de son titulaire. La logique juridique doit ici assurer le maintien et le respect du droit réel, car la bonne foi du tiers peut être irréprochable, il a pu agir avec parfaite loyauté, il a cependant agi sans droit. En effet, le droit que le tiers prétend exercer, et qui seul pourrait justifier l'atteinte portée au droit d'autrui, il n'a pu l'acquérir, puisque, par hypothèse, son auteur s'en était déjà dépouillé. En cédant son droit, ce dernier avait définitivement cédé certains pouvoirs sur la chose ; il n'a pu accorder ces mêmes pouvoirs à une autre personne. L'action du tiers ne peut donc, en principe, être main-

tenue, puisqu'elle est le seul obstacle à l'exercice d'un droit et ne peut s'appuyer elle-même sur aucun autre droit.

En définitive, si le droit réel est, en principe, opposable aux tiers qui n'en ont pas eu connaissance, c'est, d'une part, parce que l'action des tiers qui portent atteinte à l'exercice d'un tel droit est souvent répréhensible, et, d'autre part, parce qu'en la supposant à l'abri de tout reproche, elle constitue une atteinte directe à l'exercice d'un droit qui ne peut être sacrifié sans d'impérieuses nécessités pratiques, d'autant plus que cette action ne peut s'appuyer sur aucun droit acquis.

196. Si l'on envisage, maintenant, *le droit de créance*, il est certain que la structure même de ce droit, la nature des pouvoirs qu'il comporte et l'objet de ces pouvoirs vont faire apparaître des situations différentes.

L'on peut, tout d'abord, poser un principe inverse à celui que nous avons admis pour les droits réels. Nous avons vu, en effet, que toute chose laisse supposer l'existence d'un ou de plusieurs droits réels ; en revanche, rien, *à priori*, ne permet de soupçonner l'existence d'un droit de créance. On ne peut donc reprocher à celui qui a ignoré un droit de créance aucune faute, aucune négligence première, analogue à celle que l'on peut attribuer à celui qui méconnaît un droit réel. L'on peut donc dire que celui qui n'a pas eu connaissance d'un droit de créance est à l'abri de tout reproche.

Mais nous venons de voir que cette particularité n'avait pas été jugée suffisante, en matière de droit réel, pour justifier d'une manière générale l'inopposabilité du droit. S'il en est autrement pour le droit de créance, c'est que la situation se présente différemment.

Contrairement à ce qui se passe pour le droit réel, il faut, en effet, remarquer que l'action du tiers qui n'a pas eu connaissance du droit auquel il porte atteinte, et qui a agi loyalement, n'est pas la cause directe et suffisante de l'inexécution de ce droit. Les tiers ne peuvent porter atteinte à l'exercice d'un droit de créance qu'en exerçant une domination sur la personne du débiteur ou sur l'objet de la prestation. Pour que cette domination soit licite, pour qu'elle soit légitime et à l'abri de tout reproche, elle doit s'appuyer sur un droit. Ce droit, que le tiers peut invoquer, ce peut être un droit de créance contre cette même personne, ayant pour objet une prestation qui suppose nécessairement l'inexécution de la première ; il y a alors un conflit entre deux droits de créance que nous examinerons à propos du droit

de préférence [74]. Ce peut être également un droit réel sur l'objet de la prestation. Dans les deux cas, le tiers peut exercer une domination (sur la volonté du débiteur dans le premier, sur l'objet de la prestation dans le second), incompatible avec l'exercice du droit de créance. Mais l'inexécution de ce droit n'est pas une conséquence directe de l'action exercée par le tiers. Le droit de créance ou le droit réel qu'exerce ce tiers n'est pas la cause première de l'inexécution ; celle-ci provient d'abord et essentiellement de la mauvaise volonté du débiteur. En principe, il ne sert à rien de déclarer le droit de créance opposable à ces tiers, de permettre à son titulaire de faire cesser leur domination, puisque la disparition de celle-ci ne garantira pas nécessairement l'exécution du droit. L'application du principe logique et rationnel d'opposabilité absolue du droit se heurte ici à une réalité pratique, conséquence de la nature intrinsèque du droit de créance : la nécessité de tenir compte de la mauvaise volonté du débiteur.

C'est donc la structure même du droit de créance, et surtout la nature particulière de l'objet de ce droit, qui, ici encore, justifient l'inopposabilité de ce droit aux tiers de bonne foi.

197. Et, de ce fait, les différences de principe que l'on peut relever dans l'étendue de l'opposabilité des droits réels et de créance apparaissent comme une conséquence de la différence naturelle qui existe entre l'objet de ces droits. Mais *cette différence d'opposabilité ne peut être utilisée comme critérium de distinction de ces droits.* Si l'étendue de l'opposabilité du droit varie, en principe, avec la nature réelle ou personnelle de ce droit, elle n'est pas cependant une conséquence nécessaire de cette nature. Pour chacune de ces deux catégories de droits, le principe d'opposabilité que l'on peut poser subit des exceptions et nous avons vu qu'en fait l'opposabilité des droits réels mobiliers était identique à celle des droits de créance. L'étendue que le législateur aura donnée à l'opposabilité d'un droit ne nous permettra pas de dire si ce droit est réel ou personnel, car l'on pourra toujours y voir soit une application du principe d'opposabilité des droits personnels, soit une exception au principe d'opposabilité des droits réels, ou inversement. Le législateur doit régler l'opposabilité des droits en fonction des nécessités pratiques qui s'imposent à lui dans chaque cas. Il doit tenir compte, d'abord, de la bonne foi et des intérêts des parties en présence, mais il peut

74. V., *infra*, n° 205 s.

également être guidé dans chaque solution par les besoins du commerce juridique, et la volonté d'assurer une meilleure circulation ou une meilleure exploitation des biens. La nature différente des droits réels et des droits de créance permet de justifier des principes d'opposabilité différents pour chacune de ces catégories de droits, en tenant compte essentiellement de la situation des parties, de leur bonne foi, de la force de leur droit, des conséquences de leur action ou des effets de l'opposabilité ; mais les intérêts supérieurs du commerce juridique peuvent amener le législateur à apporter des exceptions à ces principes. La nature réelle ou personnelle du droit nous permettra donc de déterminer l'étendue qu'il convient de donner à l'opposabilité de ce droit, en l'absence de dispositions spéciales du législateur sur ce point ; mais le domaine d'opposabilité accordé à un droit déterminé ne nous permet pas de dire si ce droit est réel ou personnel, car cette opposabilité peut être fonction de considérations étrangères à la nature réelle ou personnelle du droit.

Ce sont ces mêmes considérations pratiques qui expliquent également les différences qui existent entre droits réels et droits de créance du point de vue de cet autre attribut que la doctrine classique accorde au droit réel : le droit de préférence.

2° Le droit de préférence

198. Cette expression de droit de préférence a été employée dans deux sens différents, ou plutôt pour désigner *deux situations différentes*. L'idée même de préférence suppose une comparaison entre deux choses, dont l'une est préférable à l'autre sous certains aspects. Le droit de préférence du droit réel a été envisagé sous deux aspects : d'une part, on a voulu dire que le droit réel était préférable au droit de créance, en ce sens que son titulaire pouvait exclure tous ceux qui n'avaient qu'un droit de créance et était préféré à eux ; d'autre part, on a fait remarquer que le titulaire d'un droit réel était préféré à tous ceux qui n'avaient qu'un droit réel postérieur, tandis que le créancier ordinaire n'avait aucune préférence à l'égard des autres créanciers, même postérieurs. Le droit de préférence du droit réel se manifesterait donc de deux façons : d'une part, par rapport au droit de créance ; d'autre part, par rapport aux droits réels postérieurs. Nous allons donc préciser le sens et la portée de cette notion dans ces deux cas, afin de voir si elle constitue une différence fondamentale entre droit réel et droit de créance.

a) *Droit de préférence du droit réel à l'égard du droit de créance*

Nous discuterons l'exactitude de cette notion en analysant les divers exemples que l'on en donne.

199. On peut, tout d'abord, rencontrer l'exemple suivant. J'ai une créance relative à une chose déterminée ; j'ai, par exemple, une *promesse de vente* relative à un immeuble ; tout le monde admet que je n'ai qu'un simple droit de créance contre le propriétaire. Supposons que ce dernier, au mépris de la promesse qu'il m'a consentie, vende l'immeuble à un tiers et lui transfère la propriété. Je ne pourrai plus obtenir l'immeuble qui m'avait été promis ; le droit réel du tiers sera préféré à mon droit de créance.

Remarquons, d'ailleurs, qu'il n'en sera pas toujours ainsi ; dans les hypothèses que nous avons déjà examinées [75], où le tiers acquéreur était de mauvaise foi, son droit réel sera supprimé afin de permettre l'exécution du droit de créance. On pourrait dire qu'il y a là un cas de préférence du droit de créance par rapport au droit réel. En réalité, nous avons vu qu'il s'agissait simplement d'un cas d'opposabilité du droit de créance aux tiers qui en avaient connaissance et qui en avaient sciemment empêché l'exécution.

Mais si le tiers acquéreur était de bonne foi, s'il avait ignoré l'obligation souscrite par son vendeur, il n'a pas besoin de faire appel à un droit de préférence pour évincer le créancier. L'acquéreur a, en effet, un droit sur l'immeuble, tandis que le créancier de la promesse de vente n'a de droit que contre le propriétaire ; il n'a aucun droit sur l'immeuble. Il suffit donc à l'acquéreur d'invoquer son droit réel et de l'opposer au créancier comme à tout autre tiers. Le droit de préférence du droit réel n'est donc ici qu'un cas particulier de l'opposabilité de ce droit aux tiers.

Certes, le droit réel est préférable au droit de créance, en ce sens que son titulaire n'aura pas à compter sur la bonne volonté d'autrui pour obtenir les satisfactions qu'il compte retirer de l'exercice de son droit. De ce point de vue, le droit de créance est plus aléatoire que le droit réel, mais il est inutile de parler d'un droit de préférence du droit réel pour traduire cette situation, comme il était inutile de parler d'un droit de suite. C'est toujours une conséquence, d'une part, de la nature des pouvoirs

75. V., *supra*, n° 190.

accordés au titulaire du droit ; d'autre part, de l'objet de ces pouvoirs. Ce sont là les différences essentielles entre droits réels et droits de créance. L'expression d'un droit de préférence n'a ici que la valeur d'une image pour traduire dans un cas particulier une conséquence de ces différences. Si, dans l'exemple que nous avons donné, le tiers acquéreur peut évincer le créancier, c'est tout simplement parce qu'il a un droit sur l'immeuble et que le créancier n'en a pas. Il y aurait un droit de préférence si le créancier avait, lui aussi, un droit sur l'immeuble. A proprement parler, il est inexact de faire appel à un droit de préférence, puisque les deux droits n'ont pas le même objet. L'expression d'un droit de préférence est donc ici inutile ; elle est également dangereuse, car elle est employée dans un sens qui peut prêter à confusion.

200. Les autres exemples que l'on donne de cette première notion du droit de préférence se réfèrent à la *situation du débiteur insolvable*. Tous les créanciers chirographaires d'un tel débiteur, tout au moins les créanciers de sommes d'argent, sont dans une situation semblable ; aucun ne peut l'emporter sur les autres ; ils sont soumis à la loi du concours et sont payés au marc le franc. Au contraire, le titulaire d'un droit réel leur sera préféré. Il en est ainsi du propriétaire qui revendique un dépôt confié au débiteur, ou de celui qui peut invoquer une hypothèque sur l'un des biens de ce débiteur.

Ces exemples ne prouvent nullement que le droit réel soit muni d'un droit de préférence à l'égard du droit de créance.

En ce qui concerne le propriétaire, c'est-à-dire le titulaire d'un droit réel principal, nous nous trouvons dans une situation semblable à celle que nous avons analysée dans l'exemple précédent. Le doyen Chauveau, dans l'article que nous avons déjà cité et dont nous aurons encore l'occasion de nous inspirer souvent, écrit avec raison : « Lorsque le propriétaire, dans une saisie, demande la distraction des meubles lui appartenant, ou revendique, dans une faillite, le dépôt confié au failli, il n'émet pas la prétention d'un règlement préférentiel. Il soutient que la chose est un élément de son propre patrimoine et non de celui du débiteur saisi ou en faillite. Le droit de gage général des créanciers ne porte pas sur cette chose. » On voit donc qu'ici, comme dans le cas précédent, il n'y a pas à parler de droit de préférence ; le propriétaire a seul un droit sur la chose, les créanciers n'en ont aucun. Le propriétaire n'invoque aucune préférence, il ne fait qu'opposer son droit aux créanciers. Ce soi-

disant droit de préférence n'est qu'un cas particulier de l'opposabilité du droit réel aux tiers [76].

La situation semble différente en ce qui concerne le créancier hypothécaire et plus généralement tout titulaire d'un droit réel accessoire ou de garantie. En effet, le droit du créancier hypothécaire et celui du créancier chirographaire ont le même objet. Le bien hypothécaire se trouve toujours dans le patrimoine du débiteur et fait partie du gage général des autres créanciers. Certes, on pourrait remarquer, comme nous l'avons fait dans l'étude du droit de suite, que si le bien hypothéqué se trouve toujours dans le patrimoine du débiteur, celui-ci n'en possède plus que les utilités matérielles, tandis que sa valeur économique est accaparée par le créancier hypothécaire, en sorte que le droit du créancier chirographaire, qui a également pour objet la valeur économique des choses, ne peut plus atteindre le bien hypothéqué. Mais le problème subsisterait à l'égard des créanciers chirographaires antérieurs à l'hypothèque. De plus, il faut reconnaître qu'il est ici normal de parler de préférence, puisqu'il s'agit de droits ayant un même objet ; et il est par suite exact de dire que, dans l'exercice de son droit, le créancier hypothécaire jouit d'un droit de préférence à l'égard des créanciers chirographaires.

Mais vouloir conclure de là que le droit réel est muni d'un droit de préférence à l'encontre du droit de créance est inexact. Ce que l'on compare, c'est le droit réel du créancier hypothécaire avec le droit de gage général du créancier chirographaire, et non avec son droit de créance proprement dit. Et la similitude qui apparaît entre l'hypothèque et le droit de gage général, du point de vue de leur objet, similitude qui autorise la comparaison et qui rend acceptable l'idée de préférence, suffirait à montrer la nécessité de distinguer le droit de gage général du droit de créance proprement dit, de même que l'on distingue le droit réel du créancier hypothécaire de son droit de créance. Avant de tirer des conclusions certaines de cet exemple, il faudrait connaître exactement la nature réelle ou personnelle du droit de gage général ; retenons-en, pour l'instant, qu'il n'apporte aucune preuve décisive à l'existence d'un droit de préférence du droit réel à l'égard du droit de créance.

201. Cette première notion du droit de préférence est donc à rejeter. Elle n'est pas un critérium distinctif du droit réel. *Ce*

76. Cf., de Vareilles-Sommières, rev. crit., 1905, p. 535, note 1, 1906, p. 486.

prétendu droit de préférence n'est autre qu'un cas particulier de l'opposabilité de ce droit à certains tiers. D'ailleurs, on peut faire une objection de principe à cette notion. L'idée de préférence telle qu'on l'entend ici, dans le sens d'un exercice préférentiel d'un droit par rapport à un autre, suppose que ces deux droits puissent entrer en conflit et ne puissent s'exercer tous les deux. Il faut donc qu'il s'agisse de droits ayant un contenu semblable et un même objet, c'est-à-dire accordant à leur titulaire des pouvoirs identiques sur un même objet. Il est donc inexact de parler d'un droit de préférence du droit réel par rapport au droit de créance, puisque ces droits n'accordent pas à leur titulaire les mêmes pouvoirs et qu'ils n'ont pas le même objet [77]. En outre, dans les cas où il pourra pratiquement y avoir conflit entre un droit de créance et un droit réel, comme celui qui existe entre le bénéficiaire d'une promesse de vente d'un immeuble et l'acquéreur de cet immeuble, nous avons vu que ce n'est pas nécessairement le droit réel qui l'emportera.

b) *Droit de préférence du droit réel à l'égard des droits réels postérieurs*

Nous examinerons d'abord en quoi consiste ce principe de préférence et quelle est sa portée. Nous rechercherons ensuite si ce principe est étranger aux droits de créance.

1) Sens et portée de ce droit de préférence en matière de droit réel

202. Ce que l'on envisage ici, c'est un conflit entre deux ayants-cause qui tiennent des droits identiques d'un même auteur, droits ne différant entre eux que par leur date de constitution ; ces droits ne pouvant être exercés et maintenus tous les deux, on accorde, en principe, la préférence au premier en date. Du point de vue rationnel, cette solution semble évidente. « Le titulaire premier en date, écrit le doyen Chauveau, a seul, en réalité, pu acquérir soit un droit de propriété, soit un droit d'usufruit, et il écarte le second titulaire en démontrant l'inanité de son titre d'acquisition. » [78].

Ici encore, le droit de préférence n'est qu'un cas particulier de

77. Comp., Planiol, Ripert et Picard, n° 45, p. 50. — H. Capitant, *Introduction à l'étude du droit civil*, 4e éd., n° 85, p. 122, note L.
78. *Op. cit.*, n° 9.

l'opposabilité du droit à certains tiers. Cependant, on peut à bon droit parler de préférence, car il s'agit d'un conflit entre des prétendants à des droits identiques ; il suffira de ne pas oublier que la préférence accordée au premier titulaire du droit n'est que la conséquence de l'opposabilité de ce droit au second ayant-cause. Il faut donc s'attendre à trouver ici des préoccupations et des solutions analogues à celles que nous avons rencontrées, à propos du droit de suite, quant à l'opposabilité du droit à un tiers quelconque.

203. Nous avons vu qu'un souci élémentaire de justice et d'équité restreignait souvent l'opposabilité d'un droit aux tiers qui en avaient eu connaissance, ou qui avaient pu facilement en avoir connaissance. Ces mêmes principes moraux, joints à un besoin évident de sécurité du commerce juridique, ont également empêché une application stricte de la règle logique de préférence accordée au droit premier en date, et que l'on exprime par l'adage *Prior tempore, potior jure*. L'application de ce principe entraîne un préjudice pour le second ayant-cause, alors que ce dernier pouvait être de parfaite bonne foi, pouvait se trouver dans l'impossibilité de connaître la première transmission du droit. C'est surtout dans l'intérêt de ces ayants-cause qu'a été organisée et développée la publicité des droits réels. Grâce à cette publicité, le second ayant-cause peut connaître l'existence de la première transmission ; on pourra donc annuler son droit sans aucun scrupule, car il commet une négligence fautive en ne se renseignant pas avant de contracter. Pour régler le conflit qui peut s'élever entre deux ayants-cause, il est alors normal de se référer à l'ordre d'accomplissement des formalités de publicité. La règle de priorité d'après la date de naissance des droits est remplacée par la règle de priorité d'après la date de leur publicité.

Mais cette publicité n'a pas été organisée pour tous les droits réels ; on sait qu'elle n'existe que pour les droits réels immobiliers et pour certains droits réels mobiliers [79]. Les droits réels sur la plupart des meubles corporels ne sont, au contraire, soumis à aucune publicité. Cependant, le législateur a encore écarté l'application de la règle *Prior tempore, potior jure*. Pour régler le conflit qui peut s'élever entre deux acquéreurs successifs d'un meuble corporel, il se réfère à la manifestation extérieure du droit, résultant de la possession. L'article 1141 donne la préfé-

79. Cf., *Supra*, n° 195 en note.

rence au titulaire du droit qui, le premier, a été mis en possession, « encore que son titre soit postérieur en date, pourvu toutefois que la possession soit de bonne foi » ; autrement dit, le titulaire premier en date pourra toujours opposer son droit au second ayant-cause si celui-ci est de mauvaise foi, c'est-à-dire s'il a eu connaissance de son droit ; si, au contraire, le second ayant-cause est de bonne foi, le droit ne lui sera opposable que s'il s'est manifesté extérieurement par une « possession réelle ». La possession sert ici de mesure de publicité [80]. Mais il faut remarquer également que l'on aboutit à une règle conforme au principe général d'opposabilité qui est appliqué pour ces droits : opposabilité aux tiers qui en ont eu connaissance, ou qui ont pu en avoir connaissance du fait de la possession [81].

204. De cette seconde notion du droit de préférence en matière de droit réel, on retiendra deux choses.

En premier lieu, ce droit de préférence n'est pas un droit spécial venant se greffer sur le droit réel ; comme le droit de suite, ce n'est que ce droit réel envisagé sous un certain aspect, à savoir les rapports entre le titulaire du droit et les tiers. Le conflit particulier qui est ici envisagé est un conflit entre deux personnes qui se prétendent titulaires du même droit. La préférence de principe accordée à celui qui, le premier, a acquis le droit considéré, n'est que l'application à ce conflit du principe général d'opposabilité. Le droit de préférence du premier ayant-cause par rapport au second n'est que l'opposabilité du droit du premier au second, l'obligation pour celui-ci de respecter le droit de celui-là.

80. Il est d'ailleurs possible et peut-être plus logique d'analyser les publicités qui ont pour objet de régler les conflits entre titulaire de droit réels concurrents (transcription, inscription), comme des prises de possession fictives de la chose par le titulaire du droit. En sorte que la solution appliquée aux droits réels sur meubles corporels deviendrait valable pour les droits réels soumis à publicité : préférence au titulaire du droit qui est le premier entré en possession. Nous aurions alors la règle de conflit suivante : rationnellement, priorité au droit premier en date ; mais pratiquement, pour des raisons d'utilité juridique, priorité au titulaire du droit réel qui a été le premier mis en possession, c'est-à-dire à celui qui a exercé et commencé à exécuter le premier son droit, à condition qu'il soit de bonne foi. Et cette analyse permet alors de voir combien la similitude est frappante avec les règles de conflit correspondantes pour les droits de créance. Nous verrons en effet que si la raison commande d'accorder également la priorité au droit de créance premier en date, la solution pratique accorde la préférence au titulaire du droit de créance qui, le premier, a obtenu exécution, à condition qu'il soit de bonne foi.

81. Cf., *supra*, n° 193. — L'article 1141 n'est d'ailleurs qu'une application de l'article 2279 dont nous avons vu qu'il aboutissait pratiquement à rendre le droit réel sur meubles corporels opposable aux seuls tiers de mauvaise foi.

En second lieu, les dérogations qui sont apportées à ce principe général de préférence sont analogues à celles qui sont apportées au principe idéal d'opposabilité des droits à tous les tiers, et sont inspirées par le même souci d'équité et les mêmes considérations pratiques.

2) Ce droit de préférence est-il étranger aux droits de créance ?

Trouve-t-on des solutions différentes pour les conflits qui peuvent naître entre deux droits de créance ? Telle est la question à laquelle il faut répondre pour savoir si ce « droit de préférence » est caractéristique du droit réel.

205. Chaque fois qu'un conflit naîtra entre deux droits de créance, qui seront à tel point antagonistes que l'exécution de l'un rendra impossible l'exécution de l'autre, il faudra bien donner la préférence à l'un d'eux. Or, la règle *Prior tempore potior jure* étant une conséquence évidente de l'obligation générale de respecter le droit d'autrui, et cette obligation existant aussi bien pour les droits personnels que pour les droits réels, la priorité de date doit également constituer le principe de solution des conflits entre droits de créance [82]. C'est seulement le souci de ne pas léser le second créancier de bonne foi et les difficultés pratiques d'organiser une publicité des droits de créance qui, ici encore, ont fait écarter l'application stricte de ce principe de solution.

Contrairement aux idées « qui règnent à l'Ecole », de Vareilles-Sommières a démontré que le droit de créance n'était pas incompatible avec l'idée d'un droit de préférence, et avec la règle *Prior tempore potior jure* [83]. Et M. Boulanger, dans une magistrale et remarquable étude sur les « Conflits entre des droits qui ne sont pas soumis à publicité », a établi les règles de solution de ces conflits en vertu des principes généraux du Code civil. Il a montré notamment qu'il existait, en matière de droit de créance, des règles de priorité qui jouaient chaque fois que la créance avait un autre objet qu'une somme d'argent [84].

206. Mais il se pose ici une difficulté préalable qui est de savoir *dans quel cas il y aura conflit entre deux droits de créance.*

82. Comp., Dabin, *Technique de l'élaboration du droit positif*, p. 220.
83. Rev. crit., 1905, p. 528, et 1906, p. 474.
84. Rev. trim. dr. civ., 1935, p. 545.

Le tort des auteurs classiques, lorsqu'ils déclarent que le droit de créance ne donne pas de droit de préférence, est de considérer des hypothèses dans lesquelles il n'y a pas conflit entre des droits de créance ou dans lesquelles il ne peut pas y avoir de conflit.

L'absence du droit de préférence, en matière de droit personnel, résulterait en particulier, dit-on, du principe d'égalité entre créanciers posé par l'article 2093 du Code civil. Mais, ainsi que l'ont fait remarquer de nombreux auteurs, cet article ne vise que les créanciers de sommes d'argent et non les créanciers de choses ou objets déterminés [85]. La loi du concours pour ces derniers ne peut jouer, car l'exécution cumultative et partielle de leurs créances antagonistes est impossible, l'exécution en nature ne pouvant être que totale ou ne pas être. Il faut aller plus loin et dire que l'article 2093 ne concerne pas le droit de créance proprement dit. De toute évidence, il a été écrit pour le droit de gage général des créanciers ; sa place et son contexte ne laissent aucun doute sur ce point. C'est uniquement lorsque le créancier exerce son droit de gage général, c'est-à-dire son droit sur les biens du débiteur, qu'il concourt avec les autres créanciers qui exercent le même droit. Lorsque le créancier demande et obtient le paiement de sa créance, il n'a aucune obligation de concourir avec le créancier qui, au même moment, demande et n'obtient pas le paiement de sa créance. C'est lorsque le créancier saisira et fera vendre un bien de son débiteur pour en retirer la valeur économique qu'il représente, c'est-à-dire lorsqu'il exercera son droit de gage, qu'il devra concourir avec le créancier qui invoquera sur le même bien son même droit de gage. A vrai dire, il s'agit ici d'un conflit entre les droits de gage général de deux créanciers beaucoup plus qu'entre leurs droits de créance proprement dits. Et, une fois encore, nous nous bornerons à constater, pour l'instant, que la nature juridique du droit de gage général n'a pas été établie de façon certaine ; il ne s'agit pas d'un type incontesté et incontestable de droit personnel ; on ne peut donc le prendre comme exemple de cette catégorie de droit.

D'autre part, il faut remarquer que, lorsque deux droits de créance coexistent contre une même personne, ils ne sont pas nécessairement en conflit.

En matière de droit réel, on perçoit aisément que deux droits réels puissent porter sur la même chose sans entrer en conflit,

85. Demogue, *op. cit.*, p. 421 et s. — Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Contrat de louage*, 3e éd., 1906, n° 137 et s. — Rigaud, *op. cit.*, p. 260. — Boulanger, *op. cit.*, p. 550, n° 4.

soit parce qu'ils n'ont pas pour objet les mêmes utilités de la chose, soit parce que chacun d'eux n'absorbe qu'une partie du genre d'utilité qu'ils ont pour objet. Ainsi, au cas de constitution d'un usufruit, nous nous trouvons en présence de deux droits réels sur une même chose, qui peuvent fort bien coexister puisqu'ils sont complémentaires et ont pour objet des utilités différentes de cette même chose. La même situation se rencontre avec les droits réels d'usage ou d'habitation. Il est également possible qu'une servitude de passage existe sur un immeuble au profit de plusieurs personnes, aucune d'elles n'épuisant totalement les possibilités qu'offre la voie de passage.

En matière de droit personnel, plusieurs droits de créance pourront coexister contre la même personne sans entrer en conflit, chaque fois qu'il sera possible au débiteur de les satisfaire tous. Ainsi, je peux très bien m'engager à payer le même jour 1.000 francs à 10 personnes différentes, et exécuter toutes ces obligations, si je dispose ce jour-là de 10.000 francs ; de même, un artiste peut s'engager à paraître dans la même journée à 14 heures dans un premier théâtre, à 16 heures dans un second et à 20 heures dans un troisième. L'homme est, en effet, doué d'une activité qui lui permet de contracter des obligations multiples et de les exécuter toutes. *A priori*, il est souvent difficile de savoir si ses engagements dépassent les ressources de son activité. En principe, il n'y aura pas de conflit entre deux engagements successifs, car l'existence, et même l'exécution du second laissent subsister la possibilité d'exécution du premier. Ce n'est qu'au cas d'incompatibilité naturelle entre les obligations promises qu'il y aura conflit ; ainsi, pour reprendre un des exemples cités, au cas où l'artiste s'engagerait à paraître à la même heure dans deux salles différentes. Chaque fois qu'il n'y aura pas d'obstacle naturel à l'exécution des deux prestations, chaque fois que l'exécution de l'une ne supposera pas naturellement et nécessairement l'inexécution de l'autre, il n'y aura pas de conflit. Supposons deux créances de sommes d'argent contre une même personne ; la naissance et l'exécution de la deuxième n'empêchent pas le débiteur d'exécuter la première ; en principe, son activité est encore suffisante pour qu'il puisse l'exécuter ; sa mauvaise volonté peut seule constituer un obstacle à l'inexécution ; il n'y a donc pas de conflit entre les deux créances, car aucune ne porte préjudice à l'autre. C'est uniquement lorsque les deux créanciers invoquent leur droit de gage général que le conflit pourra naître ; les biens du débiteur pourront être insuffisants pour les satisfaire tous les deux ; il y aura un obstacle naturel à l'exer-

cice complet de leur droit ; c'est bien alors l'existence et l'exercice de l'un qui porteront préjudice à l'exercice de l'autre. Mais nous savons que ce conflit entre les droits de gage général de deux créanciers doit être distingué, pour la question qui nous occupe, du conflit entre les deux droits de créance proprement dits.

Pour qu'il y ait conflit entre deux droits de créance, pour qu'on puisse, par conséquent, envisager la question d'un droit de préférence, il faut qu'il y ait une impossibilité naturelle d'exécuter les deux prestations promises. L'existence du conflit dépend de la nature des prestations en présence. Il ne se rencontrera qu'entre des créances ayant des objets autres que le versement de sommes d'argent ou de choses de genre. Et ce conflit pourra naître soit entre deux obligations de faire, soit entre une obligation de faire et une obligation de ne pas faire [86]. Comme exemple de conflit entre deux droits de créance ayant pour objet des obligations de faire, on peut citer le cas de deux contrats de travail conclus, pour une même période, au profit de deux patrons différents ; ainsi en irait-il de l'artiste qui s'engage à participer, à la même heure, à des représentations dans deux théâtres différents. On peut encore citer : le conflit entre deux promesses de vente relatives au même immeuble ; et, pour ceux qui admettent le caractère personnel du droit du preneur, les conflits entre deux baux relatifs au même immeuble et conclus au profit de personnes différentes [87]. Comme exemple-type de conflit entre obligation de ne pas faire et obligation de faire, on peut citer l'engagement conclu au mépris d'une clause de non-concurrence souscrite entre associés ou dans un contrat de travail [88].

86. Cf., Boulanger, *op. cit.*, n° 5 et s. — Remarquons que le conflit peut aussi exister entre deux obligations de donner portant sur un corps certain ; mais la règle du transfert de propriété *solo consensu* en fait un conflit entre deux droits réels. A vrai dire, d'ailleurs, les conflits, relatifs au droit de préférence, entre deux droits réels, ne sont autres que des conflits entre obligations de donner, obligations de transférer le droit réel (*dare*).

En revanche, il ne saurait y avoir de conflit entre deux obligations de ne pas faire ; l'exécution de l'une ne saurait évidemment gêner en quoi que ce soit l'exécution de l'autre.

87. Pour des exemples de conflits entre des obligations de faire, voir : Req., 28 novembre 1898 : S. 1900.1.258 ; D. 1899.1.147. — Paris, 24 novembre 1904 : S. 1905.2.284. — Besançon, 13 novembre 1911 : S. 1912.2.166 (violations de contrats de travail). — Paris, 5 juillet 1926, 472 (conflit entre promesse de vente et bail). — Et pour les conflits entre deux preneurs, voir Baudry-Lacantinerie et Wahl, t. I, n° 138 et s. — Planiol, Ripert et B. Perreau, n° 549.

88. Cf., Req., 8 novembre 1904 : D. 1906.1.489, note Léon Lacour ; S. 1910.1.119. — Civ., 23 octobre 1912 : S. 1913.1.259. — Req., 2 juillet 1918 : S. 1918.1.214. — Req., 17 juin 1927 : Gaz. Pal., 1927.2.431. — Rouen, 18 décembre 1935 : S. 1936.2.95.

207. Les règles qui commandent la solution de ces conflits ont été minutieusement dégagées par M. Boulanger dans son article précité. Nous pouvons nous contenter de rappeler ici ses conclusions qui s'appuient sur les principes généraux de notre droit et les décisions de la jurisprudence. Comme en matière de droit réel, le principe de solution est que la préférence doit être accordée au créancier premier en date. « En contractant de nouveau, le débiteur n'a pu porter atteinte à un droit conféré précédemment... Le droit postérieur doit donc s'effacer devant celui qui lui est préférable en raison de la date où il est né : *Prior tempore, potior jure.* » [89]. Mais ce principe, tout comme le principe général d'opposabilité du droit de créance à un tiers quelconque, ne peut équitablement s'appliquer que si le second créancier a eu connaissance de la première créance. Il faut donc distinguer selon que le second créancier est ou non de mauvaise foi, selon qu'il a connu ou n'a pas connu l'existence de la première créance.

Si le second créancier est de mauvaise foi, la règle de priorité de date s'applique, et la jurisprudence l'a appliquée. On range, en général, ces solutions jurisprudentielles dans les cas de responsabilité du tiers complice de la violation d'une obligation contractuelle. Le second créancier de mauvaise foi qui reçoit exécution de son droit se rend, en effet, complice de la violation de la première obligation contractée par son débiteur. Sans doute, comme le fait remarquer M. Boulanger, les arrêts qui accordent une action en responsabilité au créancier antérieur ne déclarent pas que telle obligation de faire ou de ne pas faire soit, en raison de sa date, préférable à une autre. « Mais cette idée maîtresse est le fondement même sur lequel repose la jurisprudence. » [90].

Si le second créancier est de bonne foi, s'il a ignoré l'existence du premier engagement de son débiteur, il ne peut être inquiété. C'est une solution que nous avons déjà rencontrée à propos de l'opposabilité du droit de créance à un tiers quelconque, et que justifient les mêmes besoins de sécurité dans les transactions. On ne peut reprocher au créancier d'avoir contracté au mépris d'un droit préexistant dont il n'avait pu avoir connaissance ; et si, de bonne foi, il a fait diligence pour obtenir, et a obtenu, l'exécution de la prestation, son intérêt est aussi digne de protection que celui du premier créancier. Il en résulte que si le débiteur

89. Boulanger, *op. cit.*, n° 11. — *Adde,* Planiol, Ripert et Picard, t. III ; n° 45, *in fine.*
90. *Idem,* n° 13.

a accordé la priorité dans l'exécution au second contractant, la situation acquise par ce dernier sera protégée à cause de sa bonne foi et dans l'intérêt de la sécurité du commerce juridique. La règle de priorité d'après l'ordre de naissance des droits fait donc place à la règle de priorité dans l'exécution.

Mais cette solution à laquelle on aboutit lorsque le second créancier est de bonne foi ne doit pas faire croire à l'absence de droit de préférence dans le domaine des droits de créance. Comme l'écrit M. Boulanger, en conclusion de son article, « si le droit personnel préexistant ne parvient pas à assurer, en toute hypothèse, un avantage définitif, c'est qu'il faut bien réserver au second contractant le bénéfice qui, en l'absence de toute publicité organisée, est rigoureusement nécessaire à la sécurité juridique. Mais que cette bonne foi (toujours présumée d'ailleurs) fasse défaut, qu'elle ne puisse plus prémunir le rapport juridique second en date, et la nature préférable du droit personnel préétabli ne manquera pas d'être reconnue » [91].

Remarquons que des solutions identiques sont consacrées au cas de conflit entre droits réels sur meubles corporels. Le premier acquéreur, ou le premier titulaire du droit réel, n'a de droit de préférence à l'égard du second que si celui-ci est de mauvaise foi. S'il est de bonne foi, la préférence résulte de la mise en possession réelle que l'on peut fort bien comparer à l'exécution du droit de créance ; la mise en possession, en effet, constitue aux yeux des tiers la seule manifestation apparente de la transmission du droit réel, autrement dit de l'exécution de l'obligation de donner, de *dare*.

208. On retiendra de cette étude les conclusions suivantes : d'une part, *les conflits qui naissent entre droits de créance sont soumis à des principes de solution identiques à ceux qui règlent les conflits entre droits réels ;* les dérogations qui sont apportées à ces principes sont inspirées dans les deux cas par les mêmes nécessités pratiques. D'autre part, *les différences pratiques qui peuvent exister entre les règles de solution de ces conflits ne sont pas nécessairement fonction de la nature réelle ou personnelle du droit, mais tiennent plutôt à l'existence ou à l'absence d'une publicité organisée des droits en conflit.* Or, cette publicité ne fonctionne pas encore pour tous droits réels.

Le droit de préférence, comme le droit de suite, n'est donc pas un attribut particulier, ni une conséquence nécessaire du droit

91. *Idem*, n° 31, *in fine*.

réel. M. Rigaud, à la suite de Demogue et de Vareilles-Sommières, reconnaissait dans sa thèse « que le droit de préférence n'est pas inhérent à l'essence du droit réel, pas plus qu'il n'est incompatible avec l'essence du droit de créance, ainsi qu'on le porte à croire trop souvent à l'Ecole » [92]. Ajoutons qu'en fait l'existence ou l'absence du droit de préférence sont fonction des circonstances de fait qui ont inspiré le législateur et des intérêts qu'il a entendu protéger, et non de la nature réelle ou personnelle des droits en conflit. L'attribut du droit de préférence ne peut donc servir de critérium certain de distinction entre droits réels et droits de créance.

209. On aboutit ainsi pour le droit de suite et le droit de préférence à des conclusions identiques. Ni l'un, ni l'autre ne sont de l'essence du droit réel. Ils peuvent faire défaut en matière de droit réel, de même qu'ils peuvent se manifester en matière de droit de créance. L'un et l'autre ne font que traduire l'opposabilité aux tiers ou à certains tiers du droit considéré. « Le droit de suite et le droit de préférence, écrit fort justement M. Rigaud, en tant qu'ils expriment une situation de droit opposable à tous ou à quelques-uns, appartiennent au côté externe du droit, c'est-à-dire aux rapports du titulaire avec les tiers. Or, comme tous les droits se ressemblent par le côté externe, en ce qu'ils s'exercent dans un ensemble social parmi d'autres personnes qui sont tenues de les respecter et auxquelles ils sont, par suite, plus ou moins opposables, on peut à ce point de vue relever des analogies et des ressemblances frappantes entre des droits qui sont profondément différents dans leur structure interne, tels que les droits réels, les droits de la personnalité et les droits de créance. » [93]. En somme, *le droit de suite et le droit de préférence, qui ne sont que des expressions imagées pour traduire l'opposabilité du droit, ne sont pas des conséquences nécessaires, ni exclusives des droits réels ; ils ne peuvent donc être utilisés comme critérium de distinction de ces droits.*

D'ailleurs, les auteurs classiques n'ont pas ignoré les différences de structure interne qui existent entre droits réels et droits de créance ; et le critérium tiré de l'absence d'intermédiaire juridique dans le droit réel semble bien utiliser ces différences fondamentales.

92. Rigaud, *op. cit.*, p. 260. — Cf., Demogue, *Notions fondamentales*, p. 421 et s. — De Vareilles-Sommières, rev. crit., 1906, p. 483, n° 46 et s.
93. Rigaud, *op. cit.*, p. 273.

B. — Absence d'intermédiaire juridique dans le droit réel

210. La doctrine classique insiste sur la différence de structure entre droit réel et droit de créance. Tandis que le droit réel porte directement sur une chose, le droit de créance n'atteint la chose ou la prestation que par l'intermédiaire du débiteur. Cet intermédiaire juridique que l'on ne trouve que dans le droit de créance est donc une caractéristique essentielle de ce droit et peut servir, dit-on, de critérium de distinction. Ainsi, le droit réel sera celui où cet intermédiaire juridique fera défaut, celui où le titulaire du droit pourra exercer ce droit et obtenir les satisfactions qu'il en attend, sans être obligé de recourir à l'aide d'une personne quelconque.

Mais le grave reproche que l'on peut faire à ce critérium est son *imprécision*. Que faut-il entendre par intermédiaire juridique ? Quel devra être le rôle joué par cet intermédiaire pour qu'il n'y ait pas droit réel, mais droit personnel ?

M. Rigaud, qui propose dans certains cas d'utiliser ce critérium, a été obligé de reconnaître son imprécision, et nous avons vu les retouches qu'il a dû lui apporter [94]. Mais si l'on examine le passage de sa thèse où il traite cette question [95], on s'aperçoit qu'il fait ces retouches en fonction d'une conception préalable sur la nature réelle ou personnelle de tel ou tel droit.

211. C'est ainsi que, pour refuser au preneur un droit réel, il trouve l'existence de l'intermédiaire juridique dans le fait que le preneur est obligé de faire appel au bailleur pour défendre son droit. M. Rigaud compare, en effet, la situation de l'usufruitier à celle du preneur ; il y voit comme différence que le preneur ne peut se défendre seul contre les prétentions des tiers et qu'il est, en certains cas, obligé de faire appel au bailleur ; c'est cette particularité qui explique, selon lui, que le preneur n'ait qu'un droit personnel [96]. Et il conclut que le « critérium du droit s'exerçant directement sur la chose, sans qu'il soit besoin pour se défendre contre les prétentions des tiers de recourir à l'intermédiaire juridique de personne, peut donc servir en certains cas, lorsque ceux du droit de suite et du droit de préférence sont douteux » [97].

Mais toute la question est justement de savoir si le droit du

94. Cf., *supra*, n° 169 et s.
95. Rigaud, *op. cit.*, p. 157-162.
96. *Idem*, p. 157-158.
97. *Idem*, p. 159.

preneur est réel ou personnel. Ce que M. Rigaud ne nous dit pas, c'est pourquoi le recours du preneur contre le bailleur, pour assurer la garantie de sa jouissance à l'égard des tiers, est une preuve certaine du droit personnel. Que le preneur ait un droit de créance contre le bailleur, cela ne fait aucun doute. Le bailleur est obligé de le défendre contre les tiers et il peut exiger cette défense. Il y a là une prestation due par une personne à une autre personne ; c'est le type même du droit de créance. Mais rien ne nous dit que la jouissance du preneur, que ce droit a pour but de protéger, ne constitue elle-même qu'un droit personnel ; le fait que le preneur soit obligé en certains cas de faire appel au bailleur pour protéger cette jouissance ne suffit pas à prouver le caractère exclusivement personnel de son droit.

212. D'ailleurs, si cette preuve lui paraît suffisante, si le critérium de l'intermédiaire juridique lui semble vraiment efficace, pourquoi M. Rigaud refuse-t-il de considérer comme droits personnels des droits où le rôle joué par cet intermédiaire juridique est encore plus important que dans le cas du bail ? M. Rigaud classe, en effet, dans la catégorie des droits réels *in faciendo*, des droits qui ont pour objet la prestation d'une personne. Ainsi, en matière de servitude, il range, parmi les droits réels, l'obligation qui peut être imposée au propriétaire du fonds servant de faire les travaux nécessaires à l'exercice de la servitude [98] ; de même, « le bornage et la clôture forcée, nous offrent, écrit-il, des exemples très certains de droits réels *in faciendo ;* nous en dirons autant des prétendues obligations de contribuer aux frais de réparation et d'entretien du mur mitoyen qui sert de clôture et de céder la mitoyenneté » (art. 661) [99]. Il ne fait pas de doute que, dans tous ces cas, le bénéficiaire du droit à la servitude, au bornage, à la clôture ou à la mitoyenneté, n'obtient satisfaction que par l'intermédiaire juridique d'une autre personne. M. Rigaud ne fait aucune difficulté pour le reconnaître : « Il peut arriver, dit-il, que le titulaire du droit réel ait besoin pour l'exercer de l'intermédiaire spécial d'une personne, comme cela apparaît surtout dans les droits réels *in faciendo.* » [100]. Aussi, M. Rigaud est-il obligé, pour maintenir ces droits parmi les droits réels et conserver le critérium d'intermédiaire juridique, d'apporter une nouvelle précision à cette notion. Constatant que, dans ces droits, la personne obligée ne l'est qu'en tant que propriétaire d'une

98. P. 436.
99. P. 447.
100. P. 162.

chose, et qu'elle peut se soustraire à son obligation en abandonnant la chose, il ne considère comme intermédiaire juridique que celui qui est personnellement obligé, c'est-à-dire celui qui est obligé en personne et non en tant que propriétaire d'une chose [101].

Mais, ici encore, ce qu'il importerait de dire, c'est pourquoi cette particularité de l'obligation, à savoir sa transmission avec la propriété d'une chose, suffit à classer parmi les droits réels le droit correspondant. Et l'on ne comprend pas que le rôle joué par l'intermédiaire juridique qui, du point de vue des utilités qu'attend le titulaire du droit, est ici plus important que dans le cas du bail, puisqu'il a pour objet non la garantie de ces utilités, mais leur obtention, soit en revanche insuffisant pour classer le droit parmi les droits de créance.

213. Les précisions apportées par M. Rigaud à la notion d'intermédiaire juridique apparaissent donc comme des conséquences du classement, *à priori*, de certains droits dans la catégorie des droits réels ou dans celle des droits de créance. On peut, sans doute, penser avec lui [102] qu'à défaut de listes établies par le législateur, on est obligé de rechercher le critérium de ces droits dans la comparaison de leurs caractères ; mais alors, faudrait-il au moins prendre comme types de comparaison des droits dont la nature réelle ou personnelle soit unanimement reconnue. Or, pour préciser le critérium d'intermédiaire juridique qu'il nous propose, M. Rigaud utilise justement les droits dont la nature juridique est la plus discutée : le droit du preneur, les droits réels *in faciendo*.

Cela suffit à nous faire douter de la valeur de ce critérium et à montrer l'impossibilité de son utilisation. M. Rigaud convient lui-même qu'il ne faut pas « lui reconnaître une portée générale et absolue » et qu'il ne peut « servir qu'en certains cas, pourvu qu'on l'emploie judicieusement » [103]. Mais quelle valeur peut avoir un critérium qui n'est utilisable que dans certains cas ? Quels seront ces cas, et comment les déterminer ? Comment savoir si, dans telle hypothèse, il est ou non « judicieux » de l'utiliser ? On ne comprend pas qu'un même fait soit caractéristique du droit réel dans un cas, et ne le soit plus dans l'autre. Il se peut, certes, que tel caractère se retrouve dans l'ensemble des droits réels et fasse défaut à certains d'entre eux. Mais un tel caractère ne peut servir de critérium des droits réels, puisque

101. *Ibid.*
102. Cf., p. 156.
103. P. 157.

son absence n'est pas une preuve certaine de l'absence de droit réel. Un critérium ne peut avoir de valeur et n'est efficace que s'il est général, c'est-à-dire s'il est une caractéristique générale de tous les droits rentrant dans la catégorie qu'il doit déterminer.

214. En définitive, on peut dire que, du fait de sa seule imprécision, la notion d'intermédiaire juridique ne peut être utilisée efficacement comme critérium de distinction des droits réels et des droits de créance. Il faut remarquer d'ailleurs que cette notion ne fait que cacher, ou plutôt ne fait que traduire d'une manière confuse et imprécise, la différence existant entre ces droits du point de vue de leur objet. Ce qui permet de dire, en effet, que, dans le droit réel, on ne trouve pas d'intermédiaire juridique, c'est que, ce droit ayant pour objet direct la chose, les pouvoirs qui sont accordés au titulaire du droit lui permettent de retirer directement de cette chose les utilités que son droit doit lui procurer. En revanche, le droit de créance a pour objet le fait d'une personne et non la chose que ce fait doit, parfois, procurer ou permettre d'atteindre ; aussi, dans ce cas, le titulaire du droit n'obtiendra satisfaction que par l'intermédiaire de cette personne ; mais la vraie raison de cette situation, c'est qu'il n'y a pas de droit sur la chose, mais seulement contre la personne ; si l'on peut parler d'intermédiaire juridique dans le droit de créance, c'est parce que ce droit a pour objet le fait d'une personne et que, pour se réaliser, il a besoin de cette personne.

D'ailleurs, l'on peut très bien concevoir que le titulaire d'un droit réel puisse, en même temps, retirer certaines utilités de la chose, et s'adresser à une autre personne pour lui demander soit une aide matérielle qui rende plus utile et facilite l'exercice de son droit (entretien du chemin où s'exerce la servitude de passage, ou du mur soumis à une servitude d'appui), soit une aide juridique qui rende plus paisible et garantisse ce même droit (garantie des vices cachés ou d'éviction dans la vente, des troubles de droit dans le bail, etc...). Dans ces hypothèses, nous voyons par conséquent le titulaire d'un droit réel, qui, en vue de l'exercice de son droit, peut s'adresser à un intermédiaire juridique pour obtenir certaines satisfactions. Mais il ne faut pas dire que le droit réel est exercé par l'intermédiaire juridique d'une autre personne. Il y a en réalité deux droits : un droit sur la chose, droit réel que le titulaire exerce et réalise directement, et un droit contre une personne, qui a pour objet un fait de cette personne, et qui ne pourra être obtenu que par l'intermédiaire de cette personne.

La notion d'intermédiaire juridique trouve donc une explication dans la différence existant entre droits réels et droits de créance du point de vue de leur objet. Mais c'est alors cette différence qui doit servir de critérium de distinction et non l'existence ou l'absence d'intermédiaire juridique qui n'en est qu'une image imprécise.

SECTION II

La doctrine personnaliste

§ 1

Exposé

215. La notion classique du droit réel a été vivement discutée par certains auteurs à la fin du XIX^e^ et au début du XX^e^ siècle. Se plaçant à un point de vue philosophique, ils lui reprochent d'être antijurique et de faire du droit réel un concept grossier et matérialiste ne correspondant nullement à la réalité sociale.

Ces auteurs ont donc été amenés à rénover la définition et la comparaison des droits réels et des droits de créance. Il s'est ainsi formé, sur la nature du droit réel, une nouvelle doctrine qui a eu un grand retentissement et beaucoup de succès.

On trouve son origine en France chez Ortolan [104]. Mais le dogme fondamental sur lequel elle est assise a été constitué par Roguin dans sa première étude de science juridique pure : « La règle de droit » [105]. Planiol a consacré le succès de la nouvelle théorie en la résumant dans son « Traité élémentaire » [106]. Demogue l'a brillamment défendue dans ses « Notions fondamentales de droit privé » [107]. Enfin, elle a été développée au début du siècle dans quelques thèses de doctorat, dont la plus connue est celle de Michas [108].

104. Ortolan, *Généralisation du droit romain*, 11^e^ éd., Paris, 1880, p. 550, note 2, et p. 677. — Roguin a toutefois réclamé la priorité à l'égard d'Ortolan ; v., Roguin, *La science juridique pure*, t. I, p. 280.

105. Roguin, *La règle de droit. Étude de science juridique pure*, 1889, notamment p. 54 et 77.

106. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, 1^re^ éd., 1899, t. I, n° 2158 et s.

107. V., p. 405-443.

108. Michas, *Le droit réel considéré comme une obligation passive uni-*

Mais si ses adeptes sont tous d'accord au point de départ, ils ne le sont pas toujours au point d'arrivée. De sorte que si l'on parle d'une doctrine personnaliste du droit réel à cause du fonds commun sur lequel ils sont d'accord, il y a entre leurs théories de *nombreuses variantes* et entre leurs conclusions des différences importantes.

Notre intention n'est pas d'exposer en détail toutes ces variantes. Ce travail a été fait, d'ailleurs, avec beaucoup de soin par M. Rigaud qui y a consacré une partie importante de sa thèse [109]. Nous nous bornerons à exposer sommairement la conception nouvelle qui est à la base de cette doctrine, afin de pouvoir apprécier utilement les conséquences qui en ont été tirées quant à la distinction des droits réels et des droits de créance, et quant aux critériums utilisés pour cette distinction.

Tous les auteurs personnalistes n'admettent pas, en effet, une telle dualité des droits. Certains, tel Demogue, tirant avec une logique rigoureuse toutes les conséquences de la conception nouvelle, vont jusqu'à nier toute opposition entre droit réel et droit de créance [110]. En revanche, les promoteurs de la nouvelle théorie, Roguin et Planiol, donnent une définition du droit réel, estimée par eux plus scientifique que celle des classiques, mais ils maintiennent la dualité droit réel - droit de créance, et ils s'efforcent d'établir entre ces deux catégories de droits une différenciation nouvelle qu'ils présentent comme un critère possible de la classification.

C'est cette différenciation nouvelle, ce critère nouveau, qu'il nous faut surtout exposer et dont il nous faut préciser le sens afin de pouvoir apprécier son exactitude et sa portée. Mais, auparavant, nous exposerons les grandes lignes de la nouvelle doctrine, et nous montrerons comment sa conception unitaire sur la structure des droits réels et des droits de créance aboutit logiquement à repousser toute distinction entre eux.

verselle, thèse, Paris, 1900. — Quéru, *Synthèse du droit réel et du droit personnel*, thèse, Caen, 1905.

La théorie a été énoncée plus ou moins complètement dans d'autres pays. Voir, en Allemagne, H. Ahrens, *Cours de droit naturel ou de philosophie du droit*, 2 vol., 6e éd., Leipzig, 1868. — Dernburg, *Pandekten*, 8e éd., Berlin, 1910 ; *System des römischen Rechts*, Berlin, 1910. — Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 3 vol., 9e éd., revue par Th. Kipp, Francfort, 1906. — En Hollande, Van Bemmelen, *Les notions fondamentales du droit civil*, Amsterdam, 1896. — En Belgique, de Vischer, *Du jus abutendi*, rev. trim. dr. civ., 1913, p. 337 et s.

109. *Op. cit.*, p. 166 à 205.

110. C'est à une conclusion pratique analogue qu'arrivent Thon, Schlossmann, Thaller et Duguit ; ils vont, avec des nuances, jusqu'à soutenir que le droit réel n'existerait pas comme droit subjectif et serait un simple expédient terminologique. Voir, sur ces théories, Rigaud, *op. cit.*, p. 200-205.

A. — La conception unitaire de la doctrine personnaliste

216. Le principal reproche adressé par les auteurs personnalistes à la doctrine classique est d'avoir fait du droit réel un rapport entre une personne et une chose. Cette analyse, affirment-ils, est totalement inexacte, car *un rapport de droit ne peut s'établir qu'entre deux ou plusieurs personnes, mais jamais entre une personne et une chose.* « Un rapport d'ordre juridique, écrit Planiol, ne peut pas exister entre une personne et une chose, ce serait un non-sens. Par définition, tout droit est un rapport entre les personnes. C'est la vérité élémentaire sur laquelle est fondée toute la science du droit, et cet axiome est inébranlable. » Et, plus loin, le même auteur ajoute : « Il ne peut y avoir de rapport juridique entre une personne et une chose, parce que donner un droit à un homme sur la chose équivaudrait à imposer une obligation à la chose envers l'homme, ce qui serait une absurdité. Le droit ne peut exister au profit d'une personne que contre d'autres personnes capables de le supporter comme sujets passifs, c'est-à-dire capables d'avoir des obligations. » [111].

217. Telle est la critique essentielle formulée par les auteurs personnalistes contre la doctrine classique. C'est aussi l'idée maîtresse, le concept fondamental, de la théorie nouvelle. Celle-ci rappelle, en effet, que la notion de droit ne peut exister en dehors d'une société organisée ; il n'y a de droit que parce qu'il y a des conflits à régler entre les hommes. Tout droit est un pouvoir d'un individu, et suppose un devoir correspondant chez un ou plusieurs autres : *Jus et obligatio sunt correlata* [112]. Il en résulte que tout droit est un rapport entre personnes ; le rapport direct entre l'homme et la chose n'est pas un rapport juridique, c'est un rapport de fait [113]. *Le rapport juridique aura dans tout droit une structure identique,* et Roguin en a analysé minutieusement les éléments [114].

Sans entrer dans le détail de cette analyse, l'on peut dire que

111. V., Planiol et Ripert, *Traité élémentaire,* 11e éd., t. I, p. 701 et s. — Comp., Ripert et Boulanger, t. I, n° 2602. —

112. Cette analyse, qui se rattache au caractère bilatéral de la règle de droit sur lequel on a, avec raison, insisté pour distinguer cette règle de la règle morale, contient une grande part de vérité. V., *infra,* n° 240.

113. Cf., Planiol et Ripert, *loc. cit.* — Demogue, *op. cit.,* p. 412.

114. Roguin distingue dans tout droit six éléments nécessaires qu'il énumère ainsi : le fait soumis au droit, l'objet du droit, l'injonction, la sanction, les sujets passifs et actifs du droit. Cf., *La règle du droit,* chap. I à VI. — V., également, Michas, *op. cit.,* p. 128-150. — Quéru, *op. cit.,* p. 192-206.

les auteurs personnalistes sont d'accord pour considérer qu'un droit suppose nécessairement : un sujet actif, titulaire du droit ; un sujet passif ; et un objet, cet objet étant l'action ou l'abstention imposée au sujet passif.

Cette analyse du rapport juridique se retrouve dans le droit réel comme dans le droit de créance. Dans celui-ci, le sujet actif, c'est le créancier ; le sujet passif, c'est le débiteur ; et l'objet du droit, c'est le fait imposé au débiteur, c'est-à-dire l'obligation du débiteur qui peut consister en une action ou en une abstention. Dans le droit réel, nous trouvons sans difficulté le sujet actif qui est le titulaire du droit. Mais il y a aussi un sujet passif que les auteurs classiques avaient négligé et qui joue dans le droit réel un rôle tout aussi important que dans le droit de créance ; ce sujet passif du droit réel, c'est l'humanité tout entière, tout le monde, sauf le titulaire du droit. Et l'objet du droit, ce n'est pas la chose, mais le devoir imposé au sujet passif, c'est-à-dire l'obligation qui s'impose à tous de respecter le droit du titulaire ou plutôt de s'abstenir de tout ce qui pourrait troubler la possession paisible que la loi accorde au titulaire du droit réel.

218. La conception classique du droit réel doit donc être complètement modifiée. Le pouvoir direct et immédiat du propriétaire sur sa chose n'est pas un droit, ce n'est qu'un fait qui s'appelle la possession et dont l'existence est antérieure et étrangère à toute notion de droit [115]. Le droit du propriétaire naît le jour où cette possession est protégée par le législateur qui impose à tous l'obligation de la respecter. Le droit du propriétaire consiste donc dans l'obligation d'abstention qu'il peut exiger de tous. En d'autres termes, le titulaire d'un droit réel n'a pas un droit sur la chose ; il a seulement le droit d'exiger de tous les individus, soumis à la règle de droit dont il est le bénéficiaire, une abstention, à l'occasion de la chose, de tous les actes matériels ou juridiques dont il a ainsi le monopole en ce qui concerne cette chose ; c'est cette obligation d'abstention que lui payent à chaque instant tous les justiciables, qui forme seule le véritable objet de son droit [116].

En résumé, selon la doctrine personnaliste, ce qui, non seulement caractérise, mais encore constitue le droit réel, ce n'est pas le pouvoir sur la chose, c'est l'obligation d'abstention du sujet

115. Cf., Michas, *op. cit.*, p. 139.
116. Comp., Rigaud, *op. cit.*, p. 137.

passif. *L'obligation passive universelle est donc constitutive du droit réel* [117].

219. Il résulte de cette analyse qu'*il n'y a aucune différence de nature entre droits réels et droits de créance*. Leurs éléments constitutifs sont les mêmes. Le droit réel et le droit de créance sont tous deux des « rapports d'ordre obligatoire », leur structure fondamentale est la même.

La théorie personnaliste est donc une théorie moniste. Elle rompt ainsi avec la tradition classique, théorie dualiste qui opposait irréductiblement le droit réel au droit de créance. Les seules différences qui pourront exister entre les divers droits patrimoniaux seront des différences portant sur un ou plusieurs des éléments qui constituent le rapport juridique. Et l'on comprend alors que ceux qui, avec Demogue, expliquent les variantes de ces éléments constitutifs du rapport juridique par les considérations pratiques qui ont inspiré le législateur, suppriment toute distinction entre droits réels et droits de créance. « Les droits, écrit Demogue, sont tous des droits d'obligation entre lesquels il y a des variétés suivant les considérations pratiques. » [118]. Il n'y a donc, selon Demogue, entre droits réels et droits de créance, que des différences accidentelles, mais il n'y a entre eux aucune différence naturelle permettant d'en faire une division fondamentale des droits patrimoniaux.

B. — La nouvelle différenciation du droit réel et du droit de créance

a) Le critérium proposé

220. Cependant, la plupart des auteurs personnalistes ne vont pas aussi loin que Demogue. Roguin et Planiol, notamment, acceptent intégralement toutes les différences que la doctrine classique indique entre les droits réels et les droits de créance ; ils se contentent d'en donner une explication et une justification nouvelles. Tandis que la doctrine classique expliquait les différences qu'elle établissait entre ces deux catégories de droits par une différence de nature du rapport de droit, ils proclament l'identité structurelle de ces rapports et justifient l'opposition

117. Pour des formules particulièrement nettes en ce sens, voir, Quéru, *op. cit.*, p. 209-210.
118. *Op. cit.*, p. 440.

qu'ils maintiennent par des différences naturelles entre leurs divers éléments constitutifs. Selon eux, droit réel et droit de créance diffèrent l'un de l'autre par deux caractères spécifiques relatifs l'un au sujet passif, l'autre à l'objet de l'obligation.

221. En ce qui concerne *le sujet passif*, la différence entre droit réel et droit de créance est la suivante : le droit de créance n'existe jamais que contre une seule personne, ou, s'il y a plusieurs débiteurs, ceux-ci sont toujours limitativement déterminés. Au contraire, le sujet passif du droit réel est illimité en nombre ; c'est tout le monde, sauf le titulaire du droit ; il comprend toutes les personnes qui entrent en relation avec le sujet actif ; il est donc général et indéterminé, tout au moins jusqu'au moment où l'un de ses membres aura méconnu l'obligation imposée.

A la différence du droit de créance, « le droit réel, écrit Planiol, est opposable à tout le monde, puisqu'il implique l'existence d'une obligation dont tout le monde est tenu. On peut exprimer cette différence en disant que le droit de créance est relatif, tandis que le droit réel est absolu » [119].

Roguin adopte un point de vue semblable et propose lui aussi de modifier la terminologie courante : droit réel-droit personnel, et d'adopter une terminologie nouvelle : droit absolu-droit relatif, plus en rapport avec la nouvelle division des droits, qui est essentiellement basée sur le nombre de sujets passifs. Cette division est d'ailleurs générale ; elle ne s'applique pas seulement aux droits patrimoniaux, mais elle recouvre l'ensemble des droits. En effet, parmi les droits absolus, Roguin fait entrer les droits des personnes sur les choses et aussi les droits des personnes sur elles-mêmes ou droits de la personnalité, et les droits des personnes sur autrui ou droits de puissance [120].

222. Pour Roguin et Planiol, cette différence dans l'étendue du sujet passif s'accompagne d'une différence dans *l'objet de l'obligation* imposée à ce sujet. L'obligation qui forme le droit de créance peut consister soit dans une action, soit dans une abstention imposée au débiteur ; en revanche, l'obligation qui forme le droit réel ne peut être qu'une abstention : ne rien faire qui puisse nuire à la personne investie activement du droit. Le droit absolu ne peut avoir de contenu positif, c'est-à-dire consister en une obligation universelle de faire quelque chose à l'égard du bénéfi-

119. Planiol, *op. cit.*, t. I, n° 2163.
120. Roguin, *op. cit.*, n° 109.

ciaire [121]. Et, selon Roguin, c'est là une différence qui « provient de la nature des choses ». « Un rôle actif des justiciables, écrit-il, ne saurait en aucune façon constituer un droit absolu, puisque celui-ci est, par définition, la garantie d'un pouvoir sur un objet, et que l'intervention active du sujet passif excède manifestement cette garantie, est quelque chose de plus et de différent. L'on pourrait concevoir une infinité d'obligations actives rattachées du côté créancier à une chose déterminée ; mais il n'y aurait jamais que des obligations. » [122].

Roguin se rapproche par là de la doctrine classique. Il n'a pas complètement abandonné la notion de pouvoir sur la chose qui, dans sa définition, continue à caractériser le droit réel. Dans la « Science juridique pure » [123], il a d'ailleurs insisté de nouveau sur cette notion du pouvoir direct du titulaire du droit qui, selon lui, caractérise, au même titre que le devoir général d'abstention, le droit réel. Roguin, et avec lui Planiol ne répudient donc pas les résultats de la doctrine classique ; ils maintiennent la dualité droit réel-droit personnel, et considèrent qu'il y a entre ces droits, sinon une différence d'essence, du moins une différence spécifique découlant de la nature des choses. Ils se contentent de donner de cette différence une explication plus scientifique, basée sur une analyse minutieuse de la structure juridique de ces droits.

223. Et cette analyse leur permet en même temps de proposer un critérium de distinction plus logique que celui des auteurs classiques, car, ce critérium, ils le tirent du fait même qui est à l'origine de la distinction et non d'une conséquence de celle-ci. C'est le principe même de distinction qui leur sert de critérium pratique pour la classification des droits patrimoniaux. En effet, puisque la différence que l'on établit entre droit réel et droit de créance résulte d'une différence dans le nombre des sujets passifs et dans la nature de l'obligation imposée à ces sujets passifs, ce sont ces différences qui devront être utilisées comme critérium. Sera classé parmi les droits réels tout droit dans lequel l'objet du rapport obligatoire sera une obligation universelle d'abstention. Ou, selon la formule couramment employée, *le critère du droit réel, pour les auteurs personnalistes, sera l'existence d'une obligation passive universelle* [124].

121. Roguin, *loc. cit.*
122. *Ibidem.*
123. T. III, n° 941, p. 664.
124. MM. Michas et Quéru se sont quelque peu séparés de Roguin et Planiol. Se plaçant sur le terrain de la science juridique pure, ils sont allés

b) Le sens de ce critérium

224. Avant de passer à la critique personnaliste, il nous faut analyser d'un peu plus près le critérium de distinction qu'elle propose, et préciser davantage son sens en le rapprochant du critérium utilisé par les classiques. Pour cela, nous nous placerons au point de vue du titulaire du droit, c'est-à-dire du sujet actif, et nous nous demanderons quelle est la différence que traduit de ce point de vue l'obligation passive universelle. Remarquons que nous ne critiquons pas pour le moment le critérium des auteurs personnalistes ; nous voulons simplement en préciser le sens en restant fidèle à l'esprit de leur analyse et à leurs conclusions. A quoi correspond pour le titulaire du droit la différence que les auteurs personnalistes établissent entre droits réels et droits de créance au point de vue du nombre des sujets passifs ? Telle est la question que nous posons.

Le sujet actif, pour la doctrine personnaliste, c'est la ou les personnes qui profitent de la restriction apportée à la liberté du sujet passif. Et, réciproquement, le sujet passif, c'est la ou les personnes qui sont soumises au pouvoir juridique accordé au sujet actif. Le nombre des sujets passifs détermine, par conséquent, le nombre de personnes contre lesquelles le sujet actif pourra invoquer son droit. Ce droit sera plus ou moins étendu selon que le nombre des sujets passifs sera plus ou moins grand. Le nombre des sujets passifs nous renseignera donc sur l'efficacité du droit à l'égard des tiers, sur le degré d'opposabilité du droit aux tiers. Envisagée du point de vue du titulaire du droit, la différence que les auteurs personnalistes établissent entre droits réels et droits personnels correspond à une différence dans l'efficacité, dans le degré d'opposabilité, du droit.

Or, c'est à une conclusion identique que nous sommes arrivés lorsque nous avons analysé le critérium de distinction utilisé par les auteurs classiques. Nous avons vu que ce critérium n'était que la traduction sur le plan technique de l'opposabilité du droit

plus loin que leurs maîtres. « La garantie d'un pouvoir sur la chose « qu'invoquait encore Roguin pour caractériser le droit réel n'est, pour eux, « qu'un élément secondaire et accidentel qui ne constitue nullement l'essence même du droit, à savoir le lien personnaliste ». Théoriquement, selon eux, rien ne s'oppose à ce qu'un droit réel consiste dans une obligation positive universelle. Pour qu'un droit soit réel ou absolu, il suffirait qu'il soit opposable à tous, peu importe le caractère actif ou passif de l'obligation. Seulement, ce droit réel, tel qu'ils le conçoivent en théorie pure, ils ne le rencontrent guère en pratique, ce qui leur permet de le négliger et de s'en tenir à la notion du droit réel consistant en une obligation passive universelle. V., Michas, *op. cit.*, p. 170 et s. — Quéru, *op. cit.*, p. 241-250.

aux tiers. *La doctrine personnaliste et la doctrine classique aboutissent donc, en fait, à un critérium identique qu'elles envisagent seulement d'un point de vue différent.* Tandis que les auteurs classiques se placent au point de vue du sujet actif et adoptent comme critérium l'existence ou l'absence d'un droit de suite et d'un droit de préférence qui détermine l'efficacité du droit à l'égard des tiers, les auteurs personnalistes se placent au point de vue du sujet passif et déterminent directement par le nombre de ces sujets le degré d'opposabilité du droit [125].

On devine, par suite, que, pour les critiques que nous allons adresser au critérium personnaliste, nous utiliserons largement celles que nous avons déjà faites au critérium classique.

§ 2

Etude critique

225. Comme pour la doctrine classique, nous ne ferons pas une étude détaillée et approfondie des théories personnalistes. Outre que ce travail a déjà été fait d'une façon remarquable par M. Rigaud [126], il dépasserait le cadre de notre étude. Pour atteindre le but que nous nous sommes proposé, à savoir la recherche d'un critérium précis de distinction, il nous suffira d'apprécier la portée et la valeur du critérium utilisé par les auteurs personnalistes. Ce travail a également été fait par M. Rigaud [127], mais nous nous permettrons de rappeler les critiques qu'il adresse à l'obligation passive universelle et d'énumérer les raisons qui permettent de conclure à l'inefficacité du critérium personnaliste.

Les deux critiques essentielles que l'on peut adresser à l'obligation passive universelle sont les suivantes : 1° elle est commune à tous les droits et ne peut servir par suite à caractériser aucun d'eux ; 2° elle n'est pas patrimoniale.

125. Il existe cependant une différence entre les deux doctrines en ce qui concerne le rôle juridique joué par le critérium dans leur conception réciproque du droit : pour les auteurs classiques, l'étendue de l'opposabilité du droit est la conséquence de sa nature ; pour les auteurs personnalistes, cette différence dans l'étendue du droit à l'égard des tiers est l'essence même de la distinction, elle en est la cause. Et il faut reconnaître que, de ce point de vue, la position des personnalistes apparaît plus logique ou tout au moins plus solide. En effet, si l'on utilise comme critérium une conséquence juridique de la distinction, il faut d'abord prouver qu'il s'agit d'une conséquence nécessaire, faute de quoi on n'aura qu'un critérium bien précaire.

126. *Op. cit.*, p. 205 à 306.

127. *Op. cit.*, p. 208 à 228.

1° L'obligation passive universelle ne caractérise aucun droit

226. Cette obligation générale qui est imposée à tous les individus autres que le titulaire du droit réel, et qui les oblige à ne rien faire qui puisse gêner l'exercice de ce droit, *n'est pas propre au droit réel.* Tout individu doit respecter, non seulement les droits réels de ses semblables, mais aussi tous les droits, de quelque nature qu'ils soient, que la loi accorde à ces derniers. Cette obligation de respecter les droits d'autrui est générale, elle s'applique aussi bien aux droits de créance qu'aux droits réels. Selon la formule de M. Edmond Picard [128], elle constitue « l'écorce protectrice » de tous les droits. Il est donc inexact d'opposer le droit réel au droit de créance en disant que le premier est absolu, c'est-à-dire existe à l'égard de tous, tandis que le second est relatif, c'est-à-dire n'existe qu'à l'égard de celui qui est obligé personnellement envers le créancier. Le respect du droit personnel s'impose à tous, comme celui du droit réel. Le droit personnel est lui aussi opposable à tous. Il existe, peut-on dire, dans tous droits de créance, une obligation générale qui impose à toute personne autre que le créancier de s'abstenir de tout acte qui pourrait empêcher l'exercice de ce droit. La responsabilité du tiers complice de la violation d'une obligation contractuelle est largement sanctionnée par la jurisprudence. Nous nous sommes suffisamment expliqués sur ce point pour ne pas avoir besoin d'y revenir [129]. Nous avons vu qu'il n'y avait, théoriquement, aucune différence à faire entre droit réel et droit de créance du point de vue du degré d'opposabilité de ces droits aux tiers. « Sous ce rapport, selon l'expression de Demolombe, le droit personnel est aussi absolu que le droit réel. » [130].

En général, les auteurs sont aujourd'hui d'accord sur ce point [131], et M. Maurice Picard, dans le « Traité pratique de Droit civil », publié notamment sous la direction de Planiol, reconnaît également, d'une part, que « l'obligation passive universelle ne suffit pas à caractériser le droit réel », car « elle existe dans d'autres droits » ; d'autre part, que « le droit de créance peut devenir opposable aux tiers » [132].

128. E. Picard, *Le droit pur*, p. 48.
129. V., *Supra*, n° 189 et s.
130. *Cours*..., t. IX, p. 361, n° 464.
131. Aubry et Rau, t. IV, 6e éd., par E. Bartin, § 296. — Baudry-Lacantinerie et Barde, t. I, n°s 2 et 3. — Beudant, Lerebours-Pigeonnière et Voirin, t. IV, 2e éd., n° 56.
132. Planiol, Ripert et Picard, n° 36 et s. — Comp., Ripert et Boulanger, t. I, n° 2604.

227. Les auteurs personnalistes ont bien senti la gravité de l'objection et ils ont essayé d'y échapper en recourant à une distinction subtile entre l'obligation passive universelle, propre au droit réel ou absolu, et ce qu'ils appellent « *le devoir extra-juridique de non-immixtion* » qui se retrouve dans tous les rapports de droit [133]. Mais, après avoir affirmé la nécessité de cette distinction, ils éprouvent les pires difficultés à nous montrer quelques différences sensibles entre ces deux obligations. Roguin, toutefois, a cru y arriver en distinguant diverses sortes de violation du droit. Il y aurait, selon lui, violation de l'obligation générale d'abstention en cas de négation formelle du droit d'autrui. En revanche, la violation du devoir de non-immixtion consisterait en un simple trouble apporté à l'exercice du droit. « Celui qui contrevient à cette obligation universelle de non-immixtion, écrit Roguin, ne prétend nullement contester le droit du titulaire, mais il en gêne ou en empêche l'exercice. » [134].

Remarquons, tout d'abord, que l'obligation passive universelle ainsi réduite prend, en pratique, une importance bien minime et peut à bon droit être négligée ; peu importe, en effet, qu'un individu conteste mon droit de propriété et viole ainsi l'obligation générale d'abstention, si, en fait, il respecte l'obligation de non-immixtion et n'apporte par suite aucune gêne à l'exercice de mon droit.

Mais, même en restant sur le terrain de la science juridique pure où l'on ne subordonne pas l'intérêt d'une conception aux avantages pratiques qu'elle peut offrir, cette insistance à vouloir distinguer le devoir général d'abstention du devoir de non-immixtion aboutit à une conception philosophique sur l'origine et le fondement du droit réel, que l'on aurait bien voulu voir justifier par quelque partisan de la distinction. En effet, si la violation du devoir d'abstention consiste en une négation du droit d'autrui, ce devoir impose uniquement la reconnaissance de ce droit. Et, comme d'après les auteurs personnalistes, ce devoir général d'abstention est constitutif du droit, c'est la reconnaissance du droit d'autrui qui crée ce droit. Ainsi, c'est la reconnaissance du droit du propriétaire par les non-propriétaires qui créerait le droit de propriété [135].

133. Pour l'analyse de cette distinction, voir, Roguin, *La règle de droit*, n° 43, p. 81 ; *La science juridique pure*, t. I, n° 267, p. 395 ; Michas, *op. cit.*, p. 92 et p. 147-149 ; Quéru, *op. cit.*, p. 206 et s. — Et pour sa critique, v., Rigaud, *op. cit.*, p. 211, 217 ; *La théorie du droit réel et la science juridique pure*, Rev. crit., 1925, p. 427 et 428 ; Demogue, *op. cit.*, p. 411, 420 et 430.

134. Roguin, *La science...*, t. I, n° 267, p. 395.

135. Même en admettant que les auteurs personnalistes ne soient pas par-

Il n'est pas question de discuter ici la valeur de cette conception. Nous voulions seulement montrer comment cette distinction du devoir général d'abstention et du devoir de non-immixtion finissait par mettre en cause l'origine et le fondement du droit réel [136].

D'ailleurs, en restant sur le terrain où nous nous sommes placés, il nous suffira de montrer que l'obligation passive universelle, même ainsi réduite et distinguée du devoir général de non-immixtion, ne peut pas servir de critérium pratique des droits réels. En effet, étant donné que tous les droits sont opposables aux tiers, rien ne nous permet de déterminer quels sont les droits que les tiers devront simplement respecter et quels sont ceux qu'ils devront à la fois respecter et reconnaître. Au surplus, il faut bien dire que cette obligation de reconnaissance paraît, elle aussi, commune à tous les droits ; les tiers qui doivent respecter le droit d'autrui sont tenus, non seulement de ne pas en gêner l'exercice, mais aussi d'en reconnaître l'existence. Et Roguin avoue lui-même qu' « il n'y a aucune distinction essentielle à faire, et qu'il n'existe qu'une différence de degré entre le cas où l'exercice du droit de A est simplement gêné par B et celui où ce droit est absolument nié ou contesté par lui » [137].

228. Malgré ces critiques, les auteurs personnalistes ont pensé sauver l'utilité pratique de leur théorie en proposant un critérium de distinction quelque peu différent ; même si l'on considère que l'obligation passive universelle est commune à tous les droits, il resterait cependant une différence entre droit réel et droit de créance. En effet, dans le droit de créance, on trouve, en plus de l'obligation générale d'abstention, une obligation particulière imposée à une ou plusieurs personnes ; il y a dans le droit de créance deux sortes de sujets passifs, alors qu'il n'en existe qu'une dans le droit réel. Les auteurs personnalistes en

tis d'une telle conception sur l'origine et le fondement du droit réel pour construire leur théorie, il faut reconnaître qu'ils ont été obligés d'y recourir plus ou moins implicitement pour justifier leurs conclusions et notamment pour établir le caractère autonome de l'obligation passive universelle. V., en particulier, Roguin, *Science...*, t. III, p. 685, en note. — Quéru, *op. cit.*, p. 210, qui emploie une formule très caractéristique : « Tous doivent s'incliner devant la possession de tel individu, non parce qu'il est propriétaire, mais précisément pour qu'il soit propriétaire. »

136. Sur l'origine du droit réel, voir la théorie institutionnelle développée par M. Rigaud, à la suite du doyen Hauriou, dans sa thèse précitée, p. 345 et s. — Comp., E. Gaudemet, *Théorie générale des obligations*, publié par H. Desbois et J. Gaudemet, p. 3. — Capitant, *Introduction à l'étude du droit civil*, p. 118 et s.

137. *Science juridique pure*, t. II, p. 259.

arrivent ainsi à caractériser le droit réel par l'absence d'un sujet passif juridiquement et spécialement obligé.

On est donc ramené au critérium déjà proposé par les classiques, que M. Rigaud s'est efforcé de préciser, et dont nous avons déjà apprécié la portée et la valeur [138].

2° L'obligation passive universelle n'est pas patrimoniale

229. Cette obligation générale d'abstention, de même qu'elle est commune à tous les droits, diffère profondément de l'obligation proprement dite qui constitue le droit personnel. Le sujet passif de cette obligation générale ne souffre rien. Elle ne diminue en rien les facultés légales des hommes qui se la doivent mutuellement ; elle ne figure pas, par suite, dans leur patrimoine comme un élément de passif [139]. Planiol reconnaît lui-même qu'elle ne constitue pas une charge exceptionnelle, mais qu'elle « est l'état normal » [140]. Ce n'est qu'une des formes du respect de la liberté d'autrui.

230. Cette critique de leur théorie, les auteurs personnalistes ont encore pu la retourner contre ceux qui prétendraient que leur doctrine n'offre aucun critérium pratique de distinction. Puisque c'est seulement dans le droit personnel que l'obligation imposée au sujet passif a un caractère patrimonial, le critérium du droit personnel sera donc la possibilité d'inscrire sa valeur pécuniaire dans le patrimoine du créancier comme élément actif et dans celui du débiteur comme élément passif. En revanche, la valeur économique du droit réel ne pourrait s'inscrire que dans le patrimoine du sujet actif.

Mais le doyen Chauveau a pu faire remarquer qu'un procédé de comptabilité, analogue à celui des droits personnels, pouvait être utilisé pour certains droits dont le caractère réel est généralement indiscuté [141]. « L'usufruitier, écrit-il, va inscrire la valeur pécuniaire de son droit réel dans un poste actif de son bilan. La valeur de la pleine propriété sera diminuée en considération de l'usufruit qui la grève, et, après avoir inscrit à l'actif de son patrimoine la valeur en pleine propriété, le nu-propriétaire fera figurer au passif la charge de l'usufruit. De même, le proprié-

138. V., *supra*, n° 210 et s.
139. Sur cette critique, v., Rigaud, *op. cit.*, p. 217 et s.
140. Planiol, *op. cit.*, t. I, n° 2163, p. 688.
141. Chauveau, *op. cit.*, p. 560, n° 17.

taire du fonds servant fait figurer dans son passif la déduction que cette servitude impose à la valeur de sa propriété. »

On peut discuter la portée de cette critique en disant que le nu-propriétaire n'a pas à inscrire deux sommes à son bilan : d'une part la valeur de la propriété, de l'autre celle de l'usufruit, et qu'il doit se contenter de porter à son actif la valeur de sa nue-propriété. Il n'en reste pas moins que le critérium proposé est vraiment trop imprécis pour être efficace et utilisable. Il faut d'ailleurs remarquer qu'il n'est que la traduction, sur le terrain économique ou plutôt sur le plan comptable, de celui tiré de l'existence ou de l'absence d'un intermédiaire juridique spécialement obligé ; on peut donc lui faire les mêmes critiques que celles que nous avons déjà adressées à ce dernier.

231. M. Rigaud reproche encore à l'obligation passive universelle de ne nous donner aucune idée sur le contenu du droit réel, sur les prérogatives que confère ce droit à son titulaire. Il en résulte que les auteurs personnalistes sont obligés d'abandonner leur conception lorsqu'ils veulent définir chaque droit réel en particulier ; « ils laissent alors complètement de côté l'élément négatif, déclaré d'abord fondamental, pour s'en tenir uniquement à l'énumération des facultés positives qui appartiennent au titulaire » [142].

Roguin a bien senti la gravité de cette critique. Aussi, dans la « Science juridique pure », s'est-il défendu d'avoir ignoré cet aspect du droit réel ; et il y insiste davantage qu'il ne l'avait fait dans la « Règle de droit », en distinguant dans le droit réel deux éléments primordiaux : le pouvoir immédiat du titulaire sur la chose, et le devoir général d'abstention [143].

Il est, en effet, possible d'envisager un droit sous deux aspects différents : interne et externe [144]. L'analyse du côté interne nous renseigne sur la nature et le contenu des pouvoirs qui sont accordés au titulaire du droit. Le côté externe comprend les relations du titulaire du droit avec les tiers, c'est-à-dire l'efficacité du droit à l'égard des tiers. Or, nous savons qu'au point de vue de leur efficacité, il est impossible de faire une distinction précise entre les divers droits. L'efficacité de tous les droits devrait être, en principe, totale et absolue, en ce sens que tous les droits devraient

142. Rigaud, *op. cit.*, p. 225.
143. T. III, p. 664 et s.
144. M. Rigaud attribue la priorité de cette distinction à Bekker, cf., Rigaud, *op. cit.*, p. 307, note I ; Edmond Picard en a fait une application générale et systématique ; v., E. Picard, *Le droit pur*, p. 105 ; elle est aujourd'hui couramment utilisée.

être opposables à tous. Les différences d'efficacité externe qui peuvent exister entre eux tiennent à des circonstances de fait ou à des difficultés techniques (ignorance des tiers, impossibilité d'organiser une publicité). Certes, les différences de structure interne qui existent entre eux peuvent influer sur leur efficacité externe. Mais, comme l'écrit M. Rigaud, « s'il est légitime de rattacher les différences pratiques qu'on a coutume de relever du côté externe entre les droits réels et les obligations, au point de vue de leur opposabilité envers les tiers, aux différences de structure interne qui existent entre les deux droits, il ne faut pas les exagérer et surtout y voir des nécessités logiques inéluctables. Ces différences dans la protection juridique des droits contre les tiers sont aussi en étroite dépendance à l'égard des besoins nouveaux de la pratique » [145].

232. On peut conclure qu'il n'est pas possible de trouver un critérium de distinction entre droits réels et droits personnels en analysant le côté externe de ces droits. C'est une constatation que fait M. Rigaud lui-même : « Du côté externe, écrit-il, en ce qui concerne l'opposabilité aux tiers, nous n'avons relevé dans l'état actuel du droit aucune différence véritablement essentielle entre le droit réel et le droit de créance. Tous les droits se ressemblent plus ou moins par le côté externe, tous s'exercent dans un ensemble social... Il n'y a donc dans cette obligation (obligation passive universelle) que des différences d'intensité. Est-ce à dire qu'il n'y ait aucune différence essentielle entre les droits, qu'il n'y ait, comme le dit M. Demogue, que des différences accidentelles d'efficacité, des droits forts et des droits faibles ? Tous ceux qui ne voient dans le droit en général et dans le droit réel en particulier qu'un rapport, une relation de personne à personne, doivent, s'ils sont logiques, aboutir à cette conclusion, comme l'a prévu M. Hauriou. » [146].

Il est donc nécessaire, si l'on veut maintenir la distinction entre droits réels et droits de créance, d'en rechercher le principe et le critérium dans une différence de structure interne de ces droits. « Nul doute qu'à ce point de vue, écrit encore M. Rigaud, le droit réel soit très différent du droit de créance, l'objet du premier étant une chose et son contenu l'utilité juridique qu'elle est susceptible de procurer, tandis que l'objet du second ne peut être que l'action ou l'abstention d'une personne ; ou, comme le

145. *Op. cit.*, p. 338.
146. *Op. cit.*, p. 320.

dit M. Dante Majorana, le premier étant un droit de domination sur la chose, le second un droit de domination sur l'acte de la personne obligée. » [147].

Mais, après des remarques aussi judicieuses, M. Rigaud ne nous propose aucun critérium pratique de distinction tiré de cette analyse de la structure interne des deux sortes de droits. Et, peut-être parce qu'il ne cherche pas à vérifier en pratique le caractère réel ou personnel de tel ou tel droit, il se contente du critérium proposé par les auteurs classiques, qui était pourtant tiré des différences d'efficacité des divers droits à l'égard des tiers. En revanche, c'est bien le côté interne du droit que le doyen Chauveau s'est efforcé de « disséquer » pour trouver un nouveau critérium de distinction.

SECTION III

Le critérium du doyen Maxime Chauveau

§ 1

Exposé

233. Dans un article fort intéressant, plein de vues originales et séduisantes, le doyen Maxime Chauveau nous propose une « classification nouvelle des droits réels et personnels » [148]. Et, pour arriver à ce résultat, il s'attache avec soin à déterminer un critérium précis de distinction.

Il commence par nous montrer l'insuffisance, pour opérer la classification, des caractères distinctifs que l'on relève généralement entre droits réels et droits personnels. Après avoir critiqué le droit de suite et le droit de préférence, mis en avant par les auteurs classiques, et l'obligation passive universelle des personnalistes, il en arrive à la conclusion que, pour découvrir « les indices nets du diagnostic », il ne faut pas regarder du côté passif. Il faut, au contraire, « disséquer en quelque sorte le côté actif » [149].

C'est la description analytique de la propriété qui lui permet de fixer aisément les attributs essentiels d'un droit réel quelconque. « Le titulaire d'un droit réel, écrit-il, comme le propriétaire,

147. *Op. cit.*, p. 337.
148. Rev. crit., 1931, p. 539 et s.
149. *Op. cit.*, n° 21, p. 565.

a un pouvoir direct sur l'objet du droit, pouvoir d'utilisation lui permettant d'user de la chose, lui-même, par ces propres moyens, d'en retirer certains avantages... L'avantage procuré est appréciable en argent, puisqu'il s'agit d'un bien, élément du patrimoine. » Il remarque encore, d'une part, que la chose, objet du droit réel, est déterminée ou tout au moins assujettie à une détermination obligatoire, et, d'autre part, que le titulaire d'un droit réel a toujours la possibilité de se faire mettre en possession de la chose. Il aboutit alors à la définition suivante du droit réel : « Le titulaire d'un droit réel, possesseur actuel ou même éventuel d'une chose déterminée ou assujettie à une détermination obligatoire, exerce sur cette chose un pouvoir direct d'utilisation appréciable en argent. » [150].

Le doyen Chauveau arrive donc à un critérium qui tient compte, non seulement de l'objet sur lequel vont porter les pouvoirs accordés au titulaire du droit réel, une chose, mais aussi et surtout de la nature de ses pouvoirs. *Aura un droit réel, uniquement, celui qui exercera sur la chose un pouvoir direct d'utilisation appréciable en argent.*

234. Passant ensuite à *l'application de ce critérium*, le doyen Chauveau nous propose une classification vraiment nouvelle des droits réels, qui, sur de nombreux points, est en contradiction avec la doctrine dominante.

En ce qui concerne les droits réels principaux, « la définition, dit-il, s'applique sans difficulté à la propriété, au droit de superficie, à l'usufruit, aux droits d'usage et d'habitation, à l'emphytéose et aux servitudes ». Mais, à cette liste courante, il ajoute les droits du preneur, du commodataire et même du possesseur.

La réalité du droit du preneur ne fait pour lui aucun doute. Le preneur a, en effet, sur la chose un pouvoir direct d'utilisation. « Il en retire tous les avantages prévus, par ses propres moyens, sans avoir besoin de recourir au bailleur. Il use de la chose, occupe la maison, parcourt la terre louée, la cultive ou la fait cultiver, en recueille les fruits. Il a tous pouvoirs de poursuivre ou de repousser les troubles de fait ; même, il pourrait se défendre contre les troubles de droit, lutter contre l'éviction avec les mêmes armes que le bailleur, sans appeler celui-ci en cause, sans mettre en jeu l'obligation de garantie. Enfin, tous ces avantages que le preneur est autorisé à retirer lui-même ont une valeur pécuniaire ; ils sont appréciables en argent. » [151].

150. *Op. cit.*, p. 566 et 567.
151. *Op. cit.*, p. 574.

De même, « le commodataire est possesseur de la chose, est autorisé à certains modes d'utilisation. Il en retire des avantages appréciables en argent ». En revanche, le dépositaire et le séquestre n'ont pas un droit réel, car « ils ne sont pas autorisés à user de la chose, à l'utiliser ». Tout au moins, « ils ne peuvent pas l'utiliser pour leur compte personnel, en retirer un profit appréciable en argent ». Même au cas de mandat salarié, il n'y a pas de droit réel, « car le salaire est la rémunération du service rendu, et non un mode d'utilisation de la chose remise » [152].

Enfin, le possesseur a lui aussi un droit réel. Il a un droit, car les conséquences juridiques qui sont attachées à sa possession sont garanties par la loi ; sa situation de fait, garantie et maintenue, au moins provisoirement, par la loi, devient une situation juridique, un droit. Et ce droit est réel, car « le possesseur a pouvoir sur la chose comme le propriétaire, un pouvoir direct d'utilisation calqué sur celui du droit de propriété ; enfin, il retire des avantages appréciables en argent » [153].

Si le critérium proposé par le doyen Chauveau l'amène à étendre considérablement les droits réels principaux, en revanche il le conduit à supprimer presque complètement les droits réels accessoires. Seule l'antichrèse confère, selon lui, un droit réel ; les privilèges, les hypothèques, le droit de rétention ne sont que des garanties de paiement d'une créance. « La sûreté réelle, écrit-il, est une modalité de l'obligation existant entre le créancier et le débiteur, une réglementation du droit de gage général. Au lieu d'appliquer la loi du concours sur un pied d'égalité entre tous les créanciers, on accorde un traitement favorable, une certaine priorité, à ceux qui peuvent invoquer le bénéfice d'une sûreté réelle [154]... En tout cas, ces créanciers n'exercent sur la chose aucun pouvoir direct d'utilisation. Il n'y a pas de droit réel. » [155]. Et le doyen Chauveau poursuit : « Ce pouvoir n'existe que dans une sûreté d'application pratique peu fréquente, l'antichrèse. On a raison cette fois de la classer parmi les droits réels.

152. Cf., sur ces points, n°° 29 et 30.

153. Cf., n° 31.

154. Le doyen Chauveau conserve l'expression de « sûretés réelles » pour désigner ces garanties de paiement. Il entend les opposer ainsi aux « sûretés personnelles » qui créent un nouveau droit personnel, un nouveau lien d'obligation entre le créancier et un autre débiteur, tandis que « la sûreté réelle n'est génératrice d'aucun nouveau rapport juridique d'obligation ». Il en résulte que la sûreté réelle, qui n'est pas un droit réel, n'est pas davantage un droit personnel. V., p. 610, n° 48.

155. *Op. cit.*, n° 48. — Marcadé avait déjà soutenu que l'hypothèque constituait, non un vrai *jus in re*, mais un simple *jus ad rem mobilem ad pecuniam*. Cf., Marcadé, *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*, 6e éd., t. II, p. 352, n° 357.

La chose est remise au créancier avec pouvoir de l'utiliser. Il peut louer la maison ou la ferme, percevoir les loyers ou les fermages. Il peut, s'il le préfère, cultiver les terres et recueillir les fruits. Il se comporte comme le preneur investi de la jouissance en vertu d'un contrat de bail... Ce n'est pas un contrat de spéculation comme le bail. C'est encore une sûreté avec création d'un droit réel par suite du pouvoir concédé au détenteur. » [156].

§ 2

Appréciation critique

235. Laissant de côté les controverses doctrinales sur la nature du droit réel, auxquelles s'était principalement attaché M. Rigaud, le doyen Chauveau a été l'un des premiers [157] à nous présenter un critérium à la fois net et précis de distinction. Ainsi qu'il l'a lui-même fait remarquer, « les auteurs ne semblent pas en général s'être préoccupés de la recherche d'un critérium ; du moins, ils ne le présentent pas dégagé avec netteté et analysé avec précision. Tout au plus est-il contenu implicitement dans leurs développements sur des problèmes voisins. Il doit à cette méthode d'être imparfait ». Le grand mérite de l'article du doyen Chauveau est d'avoir montré la nécessité d'un critérium à la fois sûr et pratique. L'utilisation d'un critérium nettement dégagé lui a ainsi permis de nous donner des explications ingénieuses et fortement charpentées sur la nature de certains droits. Il a pu notamment reprendre, en l'appuyant sur une argumentation toute nouvelle, la vieille conception de Troplong sur la réalité du droit du preneur. Il est arrivé encore, en ce qui concerne la nature des privilèges et des hypothèques, à une synthèse fort intéressante, bien que la conclusion à laquelle il aboutisse sur la nature de ces droits puisse surprendre.

En effet, on ne peut que s'étonner de voir refuser à l'hypothè-

156. *Op. cit.*, n° 49.

157. M. Bonnecase avait, peu de temps avant le doyen Chauveau, proposé lui aussi des formules nouvelles pour traduire l'opposition des droits réels et des droits personnels. Il faisait pour cela un rapprochement entre ces données de la science juridique et les notions économiques auxquelles elles correspondent. D'après lui, le droit réel traduirait l'appropriation des richesses tandis que le droit personnel consisterait dans l'utilisation des services. Mais, si ces formules traduisent bien les fonctions économiques du droit réel et du droit personnel, elles sont, comme le dit le doyen Chauveau, trop vagues, trop lâches, trop imprécises, pour servir de critérium pratique. Les conditions nécessaires, *sine qua non*, du droit réel, ne sont pas dégagées. V. Bonnecase, *op. cit.*, p. 51 et s. — Chauveau, *op. cit.*, p. 565.

que la qualité de droit réel. Cette opinion est non seulement contraire à la tradition historique la plus certaine, mais encore à un texte formel du Code civil, l'article 2114, qui indique expressément : « L'hypothèque est un droit réel sur les immeubles. » Certes, le doyen Chauveau a raison de dire qu'il « n'y a pas lieu de maintenir une notion, même traditionnelle, dont l'erreur serait démontrée » [158] ; et il peut encore penser avec raison que l'article 2114 « ne contient pas une règle impérative, mais seulement une définition que le législateur eût pu négliger » [159]. On peut cependant se demander si, selon sa propre expression, il a été suffisamment « circonspect avant d'éliminer une idée unanimement reçue » [160]. Sa position originale sur ce point nous invite à n'accepter qu'avec prudence le critérium de la réalité sur lequel elle est fondée. L'exactitude de ce critérium est-elle indiscutable, est-elle logiquement démontrée ?

236. Il faut bien reconnaître que le doyen Chauveau ne procède nulle part à une justification minutieuse du critérium auquel il aboutit et qui le conduit en pratique à des conclusions contraires au droit positif et à la doctrine dominante. Nulle part, il ne nous indique pourquoi le titulaire d'un droit réel doit avoir nécessairement un pouvoir d'utilisation matérielle sur la chose. Bien plus, ce critérium qu'il nous propose, il semble l'avoir obtenu à l'aide d'une *méthode d'analyse* dont il avait lui-même pris soin de dénoncer les dangers.

Avant de se mettre à la recherche du critérium de distinction, le doyen Chauveau nous indique, en effet, la méthode à suivre. « Il faut donc, pour opérer une classification, dégager les caractères spécifiques des droits réels, leurs caractères essentiels, découvrir en un mot un critérium pratique et sûr. Les auteurs nous donnent bien la définition du droit réel et celle du droit personnel. Mais leur formule n'est pas un procédé de classement. Ils ne l'utilisent pas pour opérer ensuite la séparation entre les deux catégories de droits. Ils se proposent seulement de faire ressortir entre les droits personnels et les droits réels certaines différences... Les auteurs se placent *à priori* soit devant un droit réel, soit devant un droit personnel, pour formuler leur définition. Ils présupposent, pour ainsi dire, connue leur détermination. » [161]. Cette méthode d'analyse à laquelle fait allusion le

158. *Op. cit.*, n° 43.
159. *Loc. cit.*
160. *Loc. cit.*
161. *Op. cit.*, p. 564.

doyen Chauveau n'est autre que la méthode expérimentale d'observation, la méthode inductive. Elle consiste ici à prendre en considération certains droits indiscutablement considérés comme réels ou personnels, à déterminer leurs caractères spécifiques essentiels, pour induire de là les caractères communs à chaque sorte de droit. Or, cette méthode présente incontestablement des dangers. On risque, en effet, de se laisser entraîner à une généralisation trop hâtive, de considérer comme essentiels des caractères qui ne sont que secondaires, qui ne sont pas nécessairement communs à tous les droits de telle catégorie. Le critérium auquel on a ainsi abouti doit être vérifié et justifié à l'aide des résultats de la méthode philosophique ou conceptuelle, qui, en partant de la notion même de droit, essaye de déterminer directement par l'analyse de cette notion les caractères spécifiques des droits réels ou des droits de créance. Cette justification est surtout nécessaire si l'on veut, comme le fait le doyen Chauveau à l'aide du critérium obtenu par la méthode expérimentale, par l'analyse d'un droit indiscutablement considéré comme réel, écarter du domaine des droits réels un autre droit lui aussi unanimement considéré comme réel.

Et il semble bien que le doyen Chauveau n'ait pas échappé au danger de cette méthode qu'il avait lui-même critiquée. Lorsqu'il entreprend de déterminer le critérium du droit réel [162], il se borne à prendre en considération le droit de propriété. « La description analytique de la propriété, écrit-il, conduit aisément à fixer les attributs essentiels d'un droit réel quelconque. » Et, sans aucune autre explication, il nous indique quel est l'attribut essentiel du droit de propriété, et, tout à la fois, généralise ce caractère pour en faire le critérium de tout droit réel. En effet, il continue ainsi : « Le titulaire d'un droit réel, comme le propriétaire, a un pouvoir direct sur l'objet du droit, pouvoir d'utilisation lui permettant d'user de la chose, lui-même, par ses propres moyens, d'en retirer certains avantages. » [163]. Telle est la seule observation qui lui sert à établir le critérium qu'il va utiliser.

162. On peut trouver étonnant que le doyen Chauveau se contente de nous donner un critérium du droit réel, et ne nous indique pas celui du droit personnel. S'il en est ainsi, c'est qu'il est parti d'une méthode discutable. « Il n'y a, écrit-il, que deux catégories de droits. Il suffira par suite de trouver la formule permettant de dresser le catalogue des droits réels. Les autres appartiendront nécessairement à la classe des droits personnels » (p. 562). Ce raisonnement repose sur une prémisse imparfaite. Il est évident qu'il y a des droits qui ne peuvent se ranger ni parmi les droits réels, ni parmi les droits personnels. Et l'auteur nous déclare lui-même, quelques pages plus loin, que l'hypothèque n'est pas, selon lui, un droit réel, et n'est pas davantage un droit personnel.

163. *Op. cit.*, n° 21, p. 566.

On pourrait dire qu'il y a là une affirmation plutôt qu'une démonstration. En tout cas, on reconnaîtra que cette observation est quelque peu insuffisante pour empêcher de douter de la valeur du critérium proposé. Certes, le droit de propriété est un droit réel. C'est là une donnée qui peut être considérée comme indiscutable et qui peut servir de point de départ à une analyse. Mais si l'on veut rechercher les caractères du droit réel dans les prérogatives qui sont accordées au propriétaire, encore faudrait-il nous indiquer pourquoi on ne retient que certaines d'entre elles [164].

237. L'utilisation matérielle constitue peut-être la prérogative la plus importante du propriétaire, mais elle n'est pas la seule ; le propriétaire a sur la chose d'autres pouvoirs. Le pouvoir d'utilisation matérielle lui permet d'obtenir tous les avantages que l'utilisation naturelle de la chose, conformément à sa destination économique, peut procurer. Pour faire une comparaison avec les données économiques, ce pouvoir d'utilisation matérielle de la chose correspond à ce que les économistes appellent la valeur d'usage. Mais, à côté des pouvoirs matériels, le propriétaire possède des pouvoirs d'utilisation que l'on peut qualifier de juridiques et qui lui permettent de disposer de la valeur économique que représente l'utilisation matérielle de la chose. Ces pouvoirs correspondent à la valeur d'échange de la chose. Or, rien ne nous autorise à conclure que le titulaire d'un droit réel devra nécessairement avoir sur la chose tel ou tel de ces pouvoirs. Et la meilleure preuve, c'est que le propriétaire lui-même peut perdre tantôt l'une, tantôt l'autre de ces deux sortes de pouvoirs, sans que son droit perde pour cela son caractère de réalité, et sans que personne ait soutenu qu'il cessât d'être réel.

Le propriétaire peut tout d'abord perdre ses pouvoirs d'utilisation juridique de la chose, ses pouvoirs sur la valeur économique de la chose. C'est le cas du propriétaire d'un bien hypothéqué. Il conserve l'utilisation matérielle de la chose, mais il ne peut plus disposer de sa valeur économique ; celle-ci est accaparée, appropriée par le créancier hypothécaire. Il en est de même du propriétaire de tout bien soumis à un privilège accordant au créancier privilégié un droit de suite, c'est-à-dire frappant la valeur économique de la chose d'une indisponibilité totale à

164. Sur les dangers de la méthode qui n'étudie que le droit de propriété pour déterminer la structure de tout droit réel, v., V. Arangio-Ruiz, *La struttura dei diritti sulla cosa altrui in diritto romano*, Archivio giuridico « Filippo Serafini », 1908, vol. LXXXI, p. 361, n° 1.

l'égard de tous. Dans tous ces cas, nous nous trouvons en présence d'un propriétaire qui n'a plus que l'utilisation matérielle de la chose et qui ne peut plus disposer valablement de sa valeur économique.

Mais, et c'est ici qu'apparaît surtout l'insuffisance du critérium que nous propose le doyen Chauveau, le propriétaire peut également perdre ses pouvoirs d'utilisation matérielle de la chose. D'abord, il en est ainsi dans le cas du nu-propriétaire [165]. C'est l'usufruitier qui a l'utilisation matérielle de la chose ; le nu-propriétaire n'a aucun pouvoir lui permettant « d'user de cette chose lui-même, par ses propres moyens ». Certes, le nu-propriétaire n'est pas propriétaire, mais personne n'a cependant songé à dénier à son droit le caractère de réel. Il y a encore de nombreux cas dans lesquels le pouvoir d'utilisation matérielle de la chose appartient à un autre que le propriétaire. Il en est ainsi chaque fois que la chose est donnée à bail ; c'est le preneur qui a la jouissance matérielle de la chose. Il en est de même lorsque le propriétaire a constitué une antichrèse sur son immeuble. Remarquons d'ailleurs que, dans ces dernières hypothèses (constitution de bail ou d'antichrèse), le doyen Chauveau considère qu'il y a création d'un droit réel au profit du preneur ou du créancier antichrésiste, justement parce qu'ils obtiennent la jouissance matérielle de la chose ; on ne voit pas alors comment le propriétaire, qui a perdu ses pouvoirs d'utilisation matérielle, conserve néanmoins un droit réel, si ces pouvoirs sont seuls caractéristiques du droit réel. Dire que le propriétaire a encore un droit réel, et le doyen Chauveau ne le conteste pas, c'est donc reconnaître que les pouvoirs qui lui restent peuvent à eux seuls constituer un droit réel.

238. On pourra peut-être nous répondre que, dans ces derniers cas, si le propriétaire n'exerce pas un pouvoir d'utilisation matérielle sur la chose, il exerce cependant sur elle un pouvoir direct d'utilisation appréciable en argent ; en louant, en constituant une antichrèse, le propriétaire utilise directement sa chose et en retire un avantage appréciable en argent. Or, pourra-t-on dire, le doyen Chauveau, dans la définition qu'il donne du droit réel, parle uniquement du « pouvoir direct d'utilisation appréciable en argent » ; il n'ajoute pas que ce pouvoir doit être un pouvoir d'utilisation matérielle.

Aurions-nous alors mal interprété le critérium proposé par le

165. Cf., Beudant, Lerebours-Pigeonnière et Voirin, t. IV, p. 62.

doyen Chauveau ? Nous ne le pensons pas. En effet, si la formule qu'il a employée dans sa définition des droits réels permettait une interprétation large de cette notion de « pouvoir d'utilisation », l'application qu'il en a faite prouve qu'il en a eu une conception restreinte. Il refuse au créancier hypothécaire et au créancier gagiste un droit réel, parce qu'ils n'ont pas l'utilisation matérielle de la chose ; et il en accorde un au créancier antichrésiste, qui n'a rien de plus que cette utilisation matérielle de la chose. Si, par « pouvoir direct d'utilisation », il avait voulu désigner tout pouvoir qui permet de retirer de la chose quelque avantage, il n'avait aucune raison de refuser le caractère de droit réel à l'hypothèque, car les pouvoirs qu'a le créancier hypothécaire lui permettent de retirer de l'immeuble hypothéqué un avantage indéniable, et appréciable en argent. De ce point de vue, il n'y a, en effet, aucune différence à faire entre les pouvoirs accordés au propriétaire et plus généralement au titulaire d'un droit réel sur une chose ; qu'il s'agisse de pouvoirs d'utilisation matérielle ou de pouvoirs d'utilisation juridique, que ces pouvoirs portent sur l'individualité organique de la chose, ou sur sa valeur économique, tous permettent de retirer de la chose quelque avantage.

239. En conclusion, il ne paraît pas légitime de vouloir restreindre la catégorie des droits réels aux droits qui accordent à leurs titulaires des pouvoirs d'utilisation matérielle de la chose. A ne considérer que le droit de propriété, qui englobe tous les pouvoirs qu'une personne peut avoir sur une chose, nous voyons qu'il n'y a pas lieu, du point de vue où nous sommes placés, de faire de distinction entre ces divers pouvoirs ; tous font partie intégrante de son droit réel, et chacun d'eux peut en être détaché sans que son droit perde pour cela le caractère de réalité.

Ainsi, en n'utilisant que la méthode de recherche dont s'était servi le doyen Chauveau, il apparaît que le critérium qu'il a proposé ne peut être conservé que si l'on accepte de l'élargir, que si l'on admet que le droit réel résulte de tout pouvoir accordé à une personne sur une chose, quelle que soit la nature de ce pouvoir : pouvoir d'utilisation matérielle ou juridique.

Mais, avant d'accepter un tel critérium, il est nécessaire d'en vérifier et d'en justifier l'exactitude, grâce à la méthode de raisonnement philosophique ou conceptuelle, en partant de l'analyse de la notion de droit.

CHAPITRE II

Le critérium choisi

240. Le premier mérite de la doctrine personnaliste est d'avoir mis en relief le caractère social du droit et le caractère bilatéral de la règle de droit.

Le droit est par essence un phénomène d'ordre social ; il suppose la vie en société ; et il a justement pour but l'organisation et la réglementation de cette vie en société. Il n'y a de droit que parce qu'il y a des conflits à régler entre les hommes, et l'objet du droit est de régler ces conflits en déterminant et en limitant les prérogatives qui seront accordées à chacun. La règle de droit a donc un caractère bilatéral ; elle intéresse nécessairement plusieurs personnes : d'une part, celle à qui telle faculté, telle liberté est accordée ; d'autre part, celles qui, par contre-coup, voient restreindre leur liberté, tout au moins en tant qu'elles sont obligées de respecter la faculté reconnue à la première. C'est là la différence essentielle entre la règle de droit et la règle morale qui n'intéresse que la personne à laquelle elle s'adresse [1].

1. Comme l'a dit récemment M. Roubier (*Théorie générale du droit, Histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales*, 1946, 2e éd., 1951, p. 39), « le droit envisage comme fin l'ordre dans la société, c'est une science sociale... Le précepte juridique est essentiellement une règle qui intéresse autrui et qui détermine des relations entre plusieurs personnes ; c'est une règle de vie en société ». Et M. Roubier de rappeler les formules de Del Vecchio, « l'appréciation morale est subjective et unilatérale ; l'appréciation juridique est objective et bilatérale ». — Comp., Waline, *L'individualisme et le droit*, 2e éd., 1949, n° 38, p. 91, qui rapporte cette phrase de M. Gurvitch, « que le droit soit un phénomène de la vie sociale, personne n'en disconviendra, c'est une vérité d'ailleurs bien triviale ». — *Adde*, Paul Esmein, *La place du droit dans la vie sociale*, in *Introduction à l'étude du droit*, par Julliot de la Morandière, Esmein, Lévy-Brühl, Scelles, t. I, Paris, Rousseau, 1951, p. 107-169.

Sur le caractère bilatéral de la règle de droit, voir notamment G. del Vecchio, *Leçons de philosophie du droit*, trad. franç. de J.-A. B., 1936, p. 197, 198, 204. — Trentin, *La crise du droit et de l'Etat*, 1935, p. 108 et s. — L. Petrasizky, dans Gurvitch, *La doctrine de Petrasizky*, Archives de philosophie du droit, 1931, III-IV, p. 403 et s. ; *L'expérience juridique*, p. 153 et s. : une philosophie intuitioniste du droit, L. Petrasizki, spécialement p. 160 et s. ; et dans Grouber, *Une théorie psychologique du droit*, Rev. trim. dr. civ., 1911, p. 539 et s. — Gurvitch, *Le temps présent et l'idée de droit social*, 1932, p. 279.

Les auteurs classiques ont eu le tort, dans leur définition du droit réel et du droit de créance, de négliger cet aspect du droit. Cette négligence a pu entraîner chez certains des conceptions erronées ; et l'on cite en général le cas de Maynz qui n'a pas hésité à écrire que « le droit de propriété peut exister, abstraction faite de tous les hommes, hors le propriétaire » [2]. Les auteurs personnalistes ont raison de critiquer une telle conception. Il est inutile de parler de droit pour Robinson, seul, dans son île. « Le droit, écrit Saleilles, serait pour lui un mot vide de sens, puisqu'il n'y aurait personne en contact avec lui qui pût s'opposer à l'exercice de sa volonté. » [3]. La doctrine personnaliste a donc eu le mérite de faire ressortir que le droit réel s'exerce, lui aussi, dans un ensemble social, ce qu'elle exprime en disant qu'il a pour sujet passif la masse des justiciables, ou bien qu'il est opposable à tous.

Il faut d'ailleurs remarquer que les auteurs classiques n'ont pas ignoré cet aspect social du droit. La plupart d'entre eux ont même mentionné l'existence d'un sujet passif dans le droit réel, l'existence d'un devoir de respect imposé à tous et correspondant au droit. Mais, comme ce devoir, ils le retrouvaient dans tous les autres droits, ils l'ont, en fait, négligé, sans l'avoir pour cela ignoré [4]. L'avantage de la théorie personnaliste a été de mettre particulièrement en relief cet aspect du droit réel et de faire ressortir que ce droit, comme le droit de créance et comme tout rapport de droit, supposait un rapport entre plusieurs personnes.

241. Le second mérite des auteurs personnalistes est justement d'avoir rappelé l'unité fondamentale des droits réels et des droits de créance.

Ces deux espèces de droits font, en effet, partie d'une même catégorie juridique, les droits subjectifs. Il s'agit, dans les deux espèces, de pouvoirs accordés par le droit objectif à une ou plusieurs personnes déterminées. Droit réel et droit de créance ont donc une nature fondamentale commune, qui est celle de tout

2. Maynz, *Cours de droit romain*, t. I, p. 274, en note, cité par Roguin, *La règle de droit*, n° 120, p. 232. — Comp., Giorgi, *Teoria delle obbligazioni*, vol. I, 7e éd., Firenze, 1907, n° 3, p. 3.

3. Saleilles, *De la personnalité juridique*, 1910, p. 10. Sur cette question, voir en outre Roguin, *La règle de droit*, p. 322. — Kant, *Métaphysique du droit*, p. 89. — Rigaud, *op. cit.*, p. 145. — Olier, Rev. crit., 1896, p. 470. — Minéi, *Essai sur la nature juridique des droits réels et des droits de créance*, thèse, Paris, 1912, p. 272.

4. Cf., en particulier, Olier, *op. cit.*, p. 466 et s. — Chénon, *Les démembrements de la propriété foncière*, thèse, Paris, 1881, p. 1 et 2. — Aubry et Rau, t. II, 6e éd., par E. Bartin, § 172, p. 69.

droit subjectif. Ils représentent une des classifications possibles de ces droits ; et, comme toute classification, celle-ci aura un caractère plus ou moins artificiel [5].

Lorsqu'on distingue, par exemple, les droits corporels et les droits incorporels, on prend en considération l'objet sur lequel vont porter ces droits pour opérer une classification toute artificielle. Tous les droits sont, en effet, incorporels ; c'est seulement leur objet qui peut être corporel (susceptible de tomber sous les sens) ou incorporel (qui ne peut tomber sous les sens). De même, la distinction des droits mobiliers et des droits immobiliers présente un caractère nettement artificiel. En eux-mêmes, les droits ne sont ni mobiliers, ni immobiliers ; ce sont seulement les choses qu'ils ont pour objet qui peuvent être meubles (sujettes à déplacement) ou immeubles (qui ont une situation fixe).

Dans ces deux cas, il n'y a entre les divers droits aucune différence, ni de nature, ni de structure, qui justifie une distinction. Ces distinctions s'expliquent uniquement par le régime juridique différent auquel le législateur a soumis ces droits ; et cette différence de régime est elle-même justifiée et commandée par la différence économique, physique ou matérielle existant entre l'objet de ces droits [6]. C'est cette dernière différence qui est prise comme critérium et qui permet d'opérer une classification entre des droits qui ont cependant une nature et une structure identiques. C'est en fonction des résultats à atteindre que ces distinctions doivent être précisées ; leur caractère essentiellement technique est indéniable [7].

5. Comp., Motulsky, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé. La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, thèse, Lyon, 1947, n° 21, p. 23, qui parle de « classification purement systématique » de certaines règles de droit ; « classification d'ordre entièrement technique ».

6. Il doit y avoir une relation nécessaire entre l'idée qui justifie la dualité de régime et celle qui commande la distinction. Lorsque cette relation est brisée, le régime de certains biens se trouve inadapté. C'est ce qui est arrivé pour la distinction des meubles et des immeubles : certaines règles de leur régime juridique s'expliquaient par une différence dans leur valeur économique ; le jour où la valeur économique des biens a perdu toute relation avec leur caractère mobilier ou immobilier, le régime juridique de certains d'entre eux est devenu défectueux. Cf., Ripert et Boulanger, t. I, n° 2615 et 2621. — Fr. Gény, *Science et technique*, t. III, n° 223, p. 209-210.

7. Dabin, *La technique de l'élaboration du droit positif*, p. 173-179 ; *Théorie générale du droit*, p. 192. — Comp., Planiol, Ripert et Picard, p. 72, note 6.

La classification des meubles et des immeubles prend même un caractère nettement artificiel lorsqu'on l'applique aux choses immatérielles ; le procédé touche à la fiction ; la classification perd son attache avec le réel et le fait naturel qui la commandait. Cf., Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n° 47 ; L. Lecoq, *De la fiction comme procédé juridique*, thèse, Paris, 1914, p. 152-154 ; Dabin, *La technique...*, p. 174.

Sur les procédés de classification des concepts juridiques (voir, Gény, *Science et technique*, t. I, n° 47, p. 137, n° 52, p. 154-156 ; Dabin, *La technique...*, p. 163. — Et sur l'importance des classifications pour le travail de

M. Gény a très bien montré qu'il en était de même pour la distinction des droits réels et des droits de créance ; du point de vue scientifique, cette distinction est peut-être discutable, surtout si on la présente d'une manière aussi absolue et aussi radicale que l'avaient fait les auteurs classiques : « C'est au point de vue technique, en la considérant comme un moyen conceptuel d'obtenir des résultats utiles, qu'il faut l'apprécier. » [8].

Pour trouver le critérium de distinction entre droits réels et droits de créance, il nous faut donc déterminer quel est le fait, quelle est la particularité qui commande la différence du régime juridique auquel seront soumis ces droits. Mais, ainsi que nous l'avons montré, ce fait ne peut se trouver que dans l'analyse du côté interne du droit, c'est-à-dire du droit envisagé du point de vue de son contenu, des libertés qu'il accorde à son titulaire, et non du point de vue des relations qu'il crée entre son titulaire et les autres sujets de droit. Aussi est-il nécessaire de voir d'abord quels sont, de ce point de vue, les éléments communs à tout droit subjectif, quels sont le contenu et la structure interne du droit subjectif.

SECTION I

La notion de droit subjectif

242. Ce n'est qu'à partir de la seconde moitié du XIX[e] siècle que l'on s'est préoccupé de creuser la notion de droit subjectif. Jusque-là, on s'était contenté d'une conception simple : on voyait dans le droit subjectif un pouvoir d'agir d'une personne dans les limites de la loi.

Le « scepticisme intellectuel » qui s'est développé au cours du XIX[e] siècle, et qui a mis en cause toutes les notions fondamentales jusqu'alors incontestées, n'a pas épargné le droit subjectif. De nombreuses études lui furent consacrées [9]. Après avoir été

l'esprit sur les profits qu'elles procurent, voir, Gény, *Science et technique*, t. III, n° 207, p. 123 et s. ; Dabin, *La technique...*, p. 166 et s. ; Petrasizky, *Methodologia der Theorien des Rechts und der Moral*, p. 9, 37, 68 et s.

8. Gény, *Science et technique*, t. III, p. 239. — *Contra*, Dabin, *La technique...*, p. 215-230.

M. Gény reproche à M. Rigaud d'avoir souvent confondu le point de vue scientifique que présente la distinction, avec son aspect technique ; voyez, cependant, Rigaud, *op. cit.*, p. 230-241, p. 265-276, et surtout p. 339-343.

9. Nous ne pouvons rappeler ici toute la littérature qui se rapporte à cette question. On trouvera une bibliographie détaillée dans la thèse de M. Ionescu, *La notion de droit subjectif dans le droit privé*, thèse, Paris, 1931. — *Adde*, Barbero, *Il diritto subbiettivo*, in Foro italiano, 1939, col. 1 à 42. — Ugo

pendant longtemps considérée comme évidente et nécessaire à la vie du droit, cette notion devint une des plus discutées.

Duguit a été, en France, son adversaire le plus acharné [10]. Fidèle à la « méthode réaliste », qui entend construire toute la science du droit sur l'observation des faits [11], il rejette la notion de droit subjectif, comme étant une notion métaphysique indémontrée et indémontrable. Le droit subjectif, selon lui, ne peut être fondé que sur la volonté et « il implique une hiérarchie des volontés, car il met en présence deux volontés, dont l'une est supérieure à l'autre ». Or, la volonté et cette hiérarchie des volontés sont deux notions métaphysiques qui ne peuvent pas être connues [12]. Pour Duguit, il n'y a que des situations juridiques subjectives. La norme juridique objective s'individualise dans son application et crée des situations juridiques individuelles ; mais celles-ci restent toujours objectives, comme la norme elle-même, malgré leur caractère individuel [13].

De leur côté, les partisans du droit subjectif sont extrêmement divisés sur le fondement de ce droit. Leurs théories oscillent entre deux conceptions absolument opposées. D'une part, la doctrine du droit naturel, pour laquelle le droit reste antérieur et supérieur à toute société. L'homme posséderait naturellement, en raison de « l'éminente dignité de la personne humaine », un certain nombre de droits individuels que le législateur serait obligé de reconnaître. D'autre part, la doctrine du droit, concession de l'Etat, d'après laquelle on ne saurait concevoir de droit antérieur à la société ; tout droit est une concession de l'Etat ; la source de tout droit est la volonté du législateur. Entre ces deux conceptions, les essais de conciliation ont été nombreux, les dosages multiples et nuancés [14]. Ce n'est pas le lieu d'exposer

Natoli, *Il diritto soggettivo*, Milan, 1943. — Dabin, *La définition du droit subjectif*, Mémoires de l'Académie royale de Belgique, Section lettres, 1947, t. 33, p. 107 ; et en dernier lieu, *Le droit subjectif*, Paris, Dalloz, 1952.

10. Sur la théorie de Duguit, voir, Ionescu, *op. cit.*, p. 25 et s. et les références citées en note.

11. Duguit, *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, p. 176.

12. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, 3e éd., t. I, p. 15.

13. Duguit, *ibid.*, p. 223.

14. Sur tous ces points, voir Ionescu, *op. cit.*, p. 25 et s. et la bibliographie citée.

Cette question se rattache d'ailleurs à celle plus générale du fondement du droit, le mot étant pris dans son sens le plus large. Et comme l'a indiqué M. le doyen Maury dans son cours à l'Académie de droit de La Haye (cf., Maury, *Les règles générales des conflits*, Sirey, 1937, Ext. du rec. des cours de l'Académie de droit international de La Haye, n° 27, p. 34, note 1), « Trois attitudes semblent seules possibles : 1° le positivisme juridique, qui n'explique pas le caractère obligatoire du droit, le devoir d'observer celui-ci, et aboutit à faire de l'impératif juridique un impératif hypothétique, lie le

ou de critiquer ces théories. Nous rappellerons simplement la conception qu'a exposée le doyen Hauriou dans ses « Principes du droit public », qui nous apparaît comme une analyse particulièrement heureuse de la formation et de la justification du droit subjectif [15].

Hauriou commence par observer que le problème du droit individuel ne se pose que si l'on admet le dualisme pratique de l'individu et de la société. « Si l'individu n'est pas séparable dans une certaine mesure de la société, ou si, à l'inverse, la société n'est pas séparable dans une certaine mesure de l'ensemble des individus, le problème du droit individuel ne se pose pas dans des termes acceptables. » Et il ajoute : « Nous n'avons pas à discuter ces données dualistes, mais à les constater ; il nous suffit de savoir qu'il y a en présence un pouvoir propre de l'individu et un pouvoir propre de la société, et qu'il s'agit de justifier la transformation de ces deux pouvoirs propres en droits. » Cette transformation se réalise par l'équilibre des deux pouvoirs en présence. « Cet équilibre, comme tous les autres, s'est établi historiquement et est passé par deux phases. » Dans la première, « chacun se fait justice soi-même, la société d'une part représentée par son chef, les individus de l'autre, du moins les individus puissants ». Se faire justice soi-même permet de définir soi-même son droit : les deux droits s'équilibraient donc sur le terrain de l'autonomie juridique. Dans la seconde période, la société

droit à la contrainte ; 2° ce que l'on pourrait appeler la « valorisation du droit positif par la notion de conscience collective » ; 3° la théorie du droit naturel en faveur de laquelle on peut invoquer tous ceux qui, de façon explicite ou implicite, admettent que toute norme juridique a sa justification, l'explication de sa force obligatoire, dans le fait qu'elle est un essai en vue de réaliser la justice. » V., Hauriou, *Aux sources du droit, Cahiers de la Nouvelle Journée,* 23, p. 11 et s. — J. Chevalier, *Le concept et l'idée,* Mélanges Hauriou, p. 111 et s. — Gurvitch, *L'idée du droit social,* 1932, p. 95 ; *L'expérience juridique et la philosophie pluraliste du droit,* 1935. — *Adde,* de Page, *L'idée de droit naturel,* 1936. — J. Dabin, *Théorie générale du droit,* 1944, spéc., p. 205 et s., n° 199 et s. — J. Haesaert, *Théorie générale du droit,* Bruxelles, 1948. — F. Battaglia, *Corso di filosofia del diritto,* vol. 3, 1942, p. 265 et s.

M. Roubier, dans sa *Théorie générale du droit,* p. 2, présente une classification identique des diverses théories émises sur le fondement du droit : « Les uns (école formaliste) se représentent le droit sous la forme d'un commandement du souverain, qui vient apporter d'autorité une règle aux particuliers, règle qui devra être observée, et qui sera toujours la règle, même si elle n'est pas observée en fait. D'autres (écoles idéalistes) se représentent le droit sous la forme d'un ensemble de principes conformes à la nature des choses et à la raison auxquels les souverains doivent se conformer dans leurs lois, sinon les particuliers pourraient bien être déliés de leur devoir d'obéissance à leur égard. D'autres enfin (écoles réalistes) se représentent le droit sous la forme de règles issues spontanément de la vie sociale, s'imposant en quelque sorte sous la pression des besoins de la vie en société, et tirant toute leur autorité de l'expérience. »

15. Hauriou, *Principes de droit public,* 2e éd., p. 491 et s.

centralise toute la protection juridique. Deux questions se posent alors : la justification du droit, et sa reconnaissance formelle par la société. Pour Hauriou, « le droit individuel est justifié, s'il est un moyen, pour l'individu d'accomplir à ses risques et périls sa fonction sociale et en même temps de compléter sa propre personnalité ». Quant à la reconnaissance et à la garantie des droits individuels par l'Etat, Hauriou nous montre par de longs développements qu'elle « est tout entière sous la condition d'une demande faite par l'individu et d'un risque couru destiné à fournir la preuve de la nécessité de ce droit ».

243. Sans prendre parti sur ces discussions relatives au fondement du droit subjectif, on peut affirmer que cette notion représente une réalité que personne ne peut nier. Il est possible avec Duguit de critiquer son fondement métaphysique ou son caractère subjectif, mais on sera toujours obligé de faire appel à un certain concept pour traduire la réalité que représente le fait pour un individu de pouvoir passer un contrat et de s'obliger par ce contrat, ou de pouvoir exercer un droit de propriété. M. Roubier a sans doute raison lorsqu'il reproche à la notion de droit subjectif « de ne pas mettre suffisamment en vedette les devoirs qui existent en même temps que les droits dans une société » [16] ; l'expression de droit subjectif a, en effet, le défaut de ne faire penser qu'aux prérogatives, aux pouvoirs, qui sont accordés à une personne, et de laisser dans l'ombre les obligations qui, en contre-partie, incombent souvent au titulaire de ces prérogatives ; de ce point de vue, la notion de situation juridique est préférable, car elle permet de grouper sous un même concept « ce composé de droits et d'obligations existant sur la même tête, celle du titulaire de la situation, par exemple, du propriétaire, de l'héritier, du créancier, etc... » [17]. Mais, ainsi comprises, les deux notions ne se confondent pas et peuvent garder chacune leur utilité [18]. Et le concept de droit subjectif peut

16. *Op. cit.*, p. 209.
17. Roubier, *loc. cit.*
18. M. Motulsky, en revanche, n'hésite pas à parler de « querelle de terminologie ». Cf., *op. cit.*, p. 27.
M. Gény, en particulier, a nettement distingué les deux problèmes qui se posent : « La suppression hypothétique du droit subjectif, écrit-il, telle que la propose L. Duguit, ne saurait influer directement sur l'attribution des pouvoirs reconnus par le droit objectif. C'est uniquement au point de vue scientifique, en considérant la justice et l'utilité sociale, qu'on doit décider, par exemple, si les avantages juridiques conférés par le droit objectif, sont dus à « l'éminente dignité de la personne humaine », ou s'ils doivent reposer sur la seule solidarité sociale, quelles facultés ils comprennent et quelles limites s'y imposent, s'ils doivent être réservés aux individus ou

paraître préférable, en tout cas conserver sa valeur, lorsque, sans méconnaître l'ensemble des rapports qui naissent d'une situation déterminée, l'on s'attache principalement aux prérogatives qui appartiennent au bénéficiaire de cette situation, en vue d'analyser la structure et la nature de ces prérogatives. De toute façon, et cette constatation nous suffit, quel que soit le rôle que l'on attribue à la notion de droit subjectif, que l'on en fasse la base du système juridique tout entier — subjectivisme juridique — ou qu'on n'y voit qu'un élément d'une situation juridique organisée par le droit objectif — objectivisme juridique [19] — cette notion permet de donner une représentation utile d'un des éléments du rapport de droit. Et même si l'on n'y voit qu'un « concept purement technique », n'ayant de valeur qu'en tant que « moyen artificiel de l'élaboration juridique », et dont l'intérêt se limiterait « aux facilités de maniement qu'il apporte à la matière juridique », on doit reconnaître qu'elle traduit un certain « agencement juridique des relations humaines » et qu'elle est, de ce fait, susceptible « de rendre de véritables services » [20].

En conclusion des développements où il tend à prouver la réalité du droit subjectif, M. Ionescu écrit : « Par réalité du droit subjectif, on doit comprendre l'existence de certains rapports juridiques sanctionnés par une action, qui s'établissent en vertu des principes objectifs de droit entre deux ou plusieurs sujets, en vue de réaliser un intérêt protégé par la loi. » [21].

Mais, avec cette formule, on voit apparaître une autre question qui nous intéresse plus spécialement : la structure du droit subjectif, ses éléments constitutifs.

Nous voudrions rappeler les principales théories qui ont été émises sur la question avant d'indiquer la conception qui nous paraît la plus exacte. Certes, nous n'avons pas la prétention d'apporter quelque conception ou théorie nouvelle. On pourrait dire ici ce qu'écrivait Saleilles à propos de la personnalité juridique : « Nous souffrons en cette matière, peut-être plus encore qu'ailleurs, d'un excès de division et de subjectivité, en fait d'opinions personnelles. C'est là contre que nous devons réagir. Il importe

admis au profit de buts collectifs, etc... Et, c'est sur les solutions données à ces questions, suivant des principes supérieurs, que pourront ensuite venir se plaquer nos constructions techniques. » Gény, *Science et technique*, t. III, n° 224, p. 222.

19. Sur ces conceptions, cf., Roubier, *op. cit.*, n° 23, p. 208-209. — Ionescu, *op. cit.*, p. 76.

20. Cf., Gény, *Science et technique*, t. III, n° 224, p. 218 *in fine* ; rapprochez, t. III, p. 221, 225, t. IV, p. 18. — Motulsky, *op. cit.*, p. 29.

21. Ionescu, *op. cit.*, p. 76.

maintenant de refaire l'union après avoir péché par division. » [22]. Nous croyons qu'une certaine union n'est pas très difficile à obtenir, car il existe certains points sur lesquels tout le monde peut facilement se mettre d'accord.

§ 1

Les diverses théories sur la structure du droit subjectif

244. Nous ne rappellerons pas en détail les diverses théories qui ont été émises sur ce sujet [23]. Leurs nuances sont nombreuses, et il est souvent difficile de les classer, ou de rattacher telle d'entre elles à tel groupe déterminé [24]. Nous présenterons simplement un tableau sommaire des idées essentielles autour desquelles elles oscillent.

De ce point de vue, deux conceptions se heurtent : la théorie de la volonté, et la théorie de l'intérêt. Pour la première, le droit subjectif consiste dans un acte de volonté ; pour la seconde, c'est un intérêt protégé par la loi. Une théorie intermédiaire a tenté de concilier ces positions contraires : le droit subjectif serait à la fois un acte de volonté et un intérêt juridiquement protégé.

245. a) *Théorie de la volonté.* — Windscheid, qui est le principal représentant de cette théorie, donne du droit subjectif la définition suivante : « Le droit subjectif est une puissance de volonté (Willensmacht) ou un pouvoir de volonté (Willensherrschaft) accordé par l'ordre juridique. » [25]. La théorie volontariste considère, en effet, que l'homme est un être doué de liberté et que la société doit lui garantir l'exercice de cette liberté. Or, la liberté est essentiellement une possibilité de choisir, de décider, c'est-à-dire une possibilité de vouloir. Le droit subjectif n'est que la consécration d'une de ces libertés individuelles, c'est donc la volonté envisagée sous un rapport social. « Le droit se pré-

22. Saleilles, *De la personnalité juridique*, p. 517. — Comp., Gény, *op. cit.*, t. III, p. 213, texte et note 1.

23. Cf., sur ce point, Ionescu, *op. cit.*, p. 71 et s. — Minéi, *op. cit.*, p. 206 et s. — A. Gorovtseff, *Luttes autour de la notion de sujet de droit*, Rev. trim. dr. civ., 1926, p. 881 et s. ; *Nouvelles recherches sur le problème de sujet de droit*, Rev. trim. dr. civ., 1927, p. 5 et s.

24. Ionescu, *op. cit.*, p. 77. — Luis Recasen Siches, *Il concetto di diritto subiettivo inanzi alla filosofia giuridica*, Rivista internazionale di filosofia del diritto, anno VI, fascicolo IV, ottobre-dicembre 1926, p. 480. — Sur la difficulté de rattacher tel auteur à telle théorie déterminée, et les contradictions apparues sur ce point, cf., Gorovtseff, *op. cit.*, p. 904 et s.

25. Windscheid, *Pandekten*, § 167.

sente alors, écrit Saleilles, comme l'extériorité de la volonté dans son conflit avec d'autres libertés en exercice, et par conséquent dans les limites qui lui sont garanties par la loi. C'est donc, comme on l'a défini, une faculté légale de vouloir, un Wollendürfen. » [26].

Cette théorie a une base essentiellement individualiste. Ainsi que l'a remarqué Saleilles, « on en arrive à dégager le droit de tout rapport de dépendance sociale, pour en faire une relation purement individuelle, puisant dans la liberté et la volonté de l'homme sa cause originaire et sa source vitale : « Je veux, donc j'ai des droits », telle est la devise qui pourrait servir de mot d'ordre à toute cette philosophie » [27]. On a depuis longtemps fait la critique de celle-ci et l'on insiste de nos jours, plus que jamais, sur la fonction sociale qui incombe à tout individu. C'est cette fonction sociale, ainsi que l'a fait remarquer Hauriou, tout autant que le développement de la liberté individuelle, qui justifie les droits subjectifs [28].

D'autre part, cette théorie aboutit à des conclusions inacceptables et contraires au droit positif. En effet, si le droit subjectif s'identifie avec la volonté, il faut en conclure que tous les individus dépourvus de volonté ne peuvent avoir de droits. Comment alors expliquer les droits qui ont de tout temps été reconnus à l'*infans* ou à l'aliéné ? On ne peut écarter l'objection que de deux manières, mais aucune d'elles n'est concluante : ou bien, il faut prétendre que ces droits n'appartiennent pas à l'*infans* ou à l'aliéné et ne sont accordés qu'à leur représentant, mais cette idée « frustre et grossière », selon l'expression de Saleilles, est aujourd'hui universellement condamnée, et rien ne permet de la justifier, « à moins de revenir à un état de culture archaïque et barbare » [29] ; ou bien, il faut considérer comme suffisant pour l'existence du droit qu'une autre personne veuille à la place du titulaire, mais c'est alors reconnaître que la volonté n'est pas l'élément essentiel du droit et qu'elle n'en est qu'un moyen d'exercice.

Et c'est bien ainsi, d'ailleurs, qu'apparaît le rôle de la volonté ; elle ne fait que diriger la réalisation extérieure du droit. C'est par un acte de volonté qu'on invoquera ou qu'on exercera un droit ; mais cette volonté n'est pas le droit. Celui-ci n'est pas au service de la volonté, c'est la volonté qui est à son service.

26. Saleilles, *op. cit.*, p. 520.
27. Saleilles, *op. cit.*, p. 530.
28. Cf., *Supra*, n° 242, et Hauriou, *op. cit.*, p. 495.
29. Saleilles, *op. cit.*, p. 532.

246. b) *Théorie de l'intérêt juridiquement protégé.* — Ihering, fondateur de cette seconde théorie, a donné une définition des droits subjectifs restée célèbre : « Les droits sont des intérêts juridiquement protégés. » [30]. La théorie met l'accent sur les buts individuels et sociaux en vue desquels sont accordés les droits subjectifs. Ces buts représentent des utilités, des intérêts, que le droit a pour objet de garantir.

Le principal reproche que l'on peut faire à cette théorie est de confondre le contenu du droit avec son but, tandis que la théorie de la volonté le confondrait avec son moyen de réalisation. Ihering a eu raison de dire que le droit n'était pas au service de la volonté, mais au service de certains buts supérieurs à réaliser. Cela ne prouve pas cependant que le droit soit un intérêt. De plus, si l'on admet avec Hauriou que ces intérêts individuels ou sociaux, que les droits permettent de sauvegarder, sont la justification de ces droits, on peut dire que cette théorie confond le contenu du droit avec son fondement.

Il faut remarquer, d'ailleurs, qu'il y a des intérêts juridiquement protégés qui ne sont pas des droits. Ihering lui-même l'a reconnu [31]. Demogue nous en donne l'exemple suivant : Primus s'oblige de donner à Secundus des produits de ma fabrique ; j'ai un intérêt au maintien de ce contrat qui m'assure un client, et cet intérêt est juridiquement protégé parce qu'au cas d'inexécution, Primus pourra être condamné à une exécution en nature si le Tribunal lui ordonne de payer la valeur des marchandises que Secundus m'achètera à sa place. Je n'ai pourtant aucun droit, car, si Secundus n'exige pas que Primus s'exécute, mes marchandises ne seront pas vendues [32]. Je n'aurai de droit propre que si je pouvais personnellement exiger l'exécution du contrat. Je n'ai pas de droit, car je n'ai aucun pouvoir propre pour garantir l'intérêt que représente pour moi l'exécution du contrat.

L'essence même du droit est donc un pouvoir ; l'intérêt que ce pouvoir permet de satisfaire n'est que le but et le fondement du droit ; c'est la cause finale du droit.

247. c) *Théorie de la volonté et de l'intérêt combinés.* — Les représentants de cette théorie remarquent que les théories précédentes ne représentent que des vérités partielles. Le droit subjectif, en effet, ne consiste ni dans un pur acte de volonté, ni

30. Ihering, *L'Esprit du droit romain*, trad. fr. par O. de Meulenaere, IV, 3e éd., p. 323.
31. Ihering, *op. cit.*, t. IV, p. 331.
32. Cf., Demogue, *op. cit.*, p. 364.

dans un simple intérêt que la loi protège. Ils en concluent qu'il est tous les deux à la fois : volonté et intérêt. Complétant la définition d'Ihering, M. Michoud écrit : « Le droit est l'intérêt d'un homme ou d'un groupe d'hommes juridiquement protégé au moyen de la puissance reconnue à une volonté de le représenter et de le défendre. » [33].

Le reproche que l'on peut faire à cette théorie est la conséquence des critiques que nous avons faites aux deux précédentes : c'est que ni la volonté, ni l'intérêt ne constitue l'essence du droit subjectif. Nous avons vu qu'ils étaient des éléments de ce droit envisagé sous son aspect dynamique, dans sa réalisation ; la volonté est le moyen de mise en œuvre du droit, l'intérêt en est le but. Mais ni l'un, ni l'autre ne forme l'élément essentiel du droit.

§ 2

Le droit subjectif est un pouvoir juridiquement protégé

248. Cet élément essentiel du droit subjectif sur lequel les théories précédentes ont eu le tort de ne pas assez insister, c'est la notion de pouvoir. C'est peut-être parce que cette notion est une caractéristique tellement évidente du droit que certains ont cru pouvoir la négliger, sans toutefois l'ignorer. Mais c'est parce qu'elle est, à notre avis, la caractéristique la plus importante du droit subjectif, qu'elle en constitue l'essence, la matière première, qu'il est nécessaire de la mettre en relief pour donner de ce droit une définition exacte [34].

Il ne fait aucun doute, en effet, que le droit subjectif est avant tout *un pouvoir* que la société reconnaît à l'individu. La plupart des auteurs admettent plus ou moins explicitement cette réalité [35]. Saleilles, qui a, en particulier, insisté sur cette notion de pouvoir, écrit : « Le droit subjectif apparaît comme un pouvoir qui

33. Michoud, *La théorie de la personnalité morale*, 2e éd., 1924, t. I, n° 40, p. 105.

34. Comp., Brèthe de la Gressaye et Laborde-Lacoste, *Introduction générale à l'étude du droit*, n° 5 et n° 351 et s., qui voudraient remplacer l'expression de « droit subjectif » par celle de « pouvoir de droit ».

35. Cf., Beudant, Lerebours-Pigeonnière, Béquignon-Lagarde, t. I, p. 18. — Capitant, *Introduction à l'étude du droit civil*, nos 2 et 74. — Colin, Capitant et Julliot de la Morandière, t. I, nos 117 et 132. — Savatier, *Cours de droit civil*, t. I, n° 38. — Ripert et Boulanger, t. I, n° 4. — Ripert, *Abus ou relativité des droits*, Rev. crit., 1929, p. 63. — Ionescu, *op. cit.*, p. 94. — Et surtout, Minéi, *op. cit.*, p. 216 et s. ; et Saleilles, *op. cit.*, p. 374-375 ; p. 502-503 ; 538 et s.

s'exerce sous la garantie légale », et, ailleurs : « Le droit subjectif est un pouvoir mis au service d'intérêts de caractère social et exercé par une volonté autonome. » [36].

La volonté et l'intérêt ne sont pas à rejeter dans une définition complète du droit subjectif ; mais il importe de préciser le rôle exact que jouent ces éléments. Ils n'apparaissent, en effet, que lorsque le titulaire du droit l'invoque contre un tiers ; il n'invoquera ce droit qu'en faisant un acte de volonté et parce qu'il a intérêt à s'en prévaloir. La volonté est un moyen de réalisation du droit ; l'intérêt que ce droit permet de satisfaire en est le but. Mais l'essence même du droit, sa matière première, c'est le pouvoir accordé à l'individu. Ce pouvoir lui est donné pour satisfaire un intérêt et il est mis en œuvre au moyen d'une volonté.

249. La *nature du pouvoir* accordé au titulaire du droit subjectif peut être très variée. L'erreur de la théorie de la volonté a été de croire que ce pouvoir était toujours un « pouvoir de vouloir ». Ses défenseurs ont confondu liberté et volonté ; ils ont vu dans toute liberté une faculté de choisir qui, dans sa réalisation, se traduisait toujours par un pouvoir de vouloir. Or, si la plupart des libertés individuelles ou libertés publiques (liberté de conscience, liberté d'aller et venir, liberté de travail) s'analysent d'abord en une faculté de choisir, elles comportent aussi une faculté d'action, c'est-à-dire qu'à côté de la possibilité de choisir telle ou telle ligne de conduite déterminée, elles comportent la possibilité d'agir en vue de se conformer à cette ligne de conduite, de réaliser le but choisi. Les droits subjectifs, qui ne sont que la concrétisation juridique de ces libertés individuelles, ne consistent donc pas seulement en des pouvoirs de choisir ou de décider, ils peuvent comporter également des pouvoirs d'agir.

Certes, et nous l'avons déjà fait remarquer, la mise en œuvre d'un droit suppose un acte de volonté ; et l'on peut dire alors qu'à la base de tout droit, il y a un pouvoir de vouloir, un pouvoir de choisir entre l'exercice ou le non-exercice du droit. Mais ce serait un tort que d'ériger ce pouvoir en un droit spécial. Le pouvoir de décider de l'exercice d'un droit n'est autre que le pouvoir d'exercer ce droit ; c'est la conséquence du fait que l'exercice de tout droit suppose une volonté consciente et libre. Ce pouvoir de choisir se retrouve dans tout droit subjectif et se confond avec lui ; il n'en caractérise aucun et ne constitue pas un droit spécial [37].

36. *Op. cit.*, p. 538 et p. 543.
37. Il existe cependant des hypothèses dans lesquelles la liberté accordée

250. Il faut enfin remarquer que tout pouvoir de l'individu ne constitue pas un droit subjectif. Seront seuls des droits, les pouvoirs qui seront reconnus, sanctionnés, protégés par le législateur. Nous avons vu comment le doyen Hauriou avait analysé cette transformation du pouvoir en droit, et comment cette transformation posait actuellement la question de la justification et de la reconnaissance de ce pouvoir [38]. Il suffit de rappeler ici que la reconnaissance et la protection légale des pouvoirs individuels est une des raisons d'être de l'organisation juridique ; car, c'est en vue de prévenir les conflits que ne manquerait pas de soulever l'exercice concurrent des possibilités d'action de chaque individu, que l'Etat intervient pour limiter et garantir les pouvoirs de chacun. Les individus ne peuvent pas faire tout ce qu'ils voudraient et pourraient faire, mais en revanche on leur garantit la protection des pouvoirs qui leur sont reconnus. La caractéristique du pouvoir de droit par rapport au pouvoir de fait est donc la reconnaissance et la protection légale de ce pouvoir.

On peut ainsi donner la définition suivante du droit subjectif : le droit subjectif est un *pouvoir juridiquement protégé* que la

à un individu se limite à un simple pouvoir de choisir ou de décider qui n'apparaît pas comme la manifestation d'un autre pouvoir et qui par lui-même va entraîner certaines conséquences juridiques. On peut citer comme exemple de cette situation le droit d'option de l'héritier, le droit de demander une nullité, le divorce ou la séparation de corps. On a proposé de classer ces droits dans une catégorie spéciale distincte des droits réels et des droits de créance, et pour laquelle on a utilisé l'expression « droit potestatif ». Ces droits consisteraient en des pouvoirs par lesquels leurs titulaires pourraient influer sur une situation juridique préexistante au moyen d'activités propres unilatérales ; à ces pouvoirs ne correspondrait pas une véritable obligation d'un ou plusieurs sujets passifs, mais une sujétion à la nouvelle situation juridique. (V., G. Messina, *Nuovo Digesto italiano*, v° Diritti potestativi, t. IV, p. 872). La notion de droit potestatif a été surtout développée en Allemagne et en Italie (v., les références citées par Messina, *loc. cit.*, et par Chiovenda, *Principii di diritto processuale civile*, p. 42, note 1) ; récemment, M. Louis Boyer l'a utilisée en France pour expliquer la nature juridique du droit d'action (v., Louis Boyer, *La notion de transaction. Contribution à l'étude des concepts de cause et d'acte déclaratif*, thèse, Toulouse, 1947, p. 61 et s.). Mais de l'aveu de ses défenseurs, il existe encore une certaine confusion en cette matière et l'on n'a pas établi une liste exacte des divers droits potestatifs.

Nous nous contenterons de remarquer que, dans les hypothèses que nous avons citées, la manifestation de volonté constitue l'essence du pouvoir accordé au titulaire du droit ; elle se distingue alors de la manifestation de volonté que l'on retrouve à l'occasion de la mise en œuvre de tout droit mais qui n'en caractérise aucun. Cette nature particulière du pouvoir expliquerait qu'il pût être utile de faire de ces droits une catégorie à part puisque, nous allons le voir, la distinction des droits réels et des droits de créance trouve sa justification première dans la différence de nature du pouvoir accordé au titulaire du droit ; mais elle commande également de ne classer dans cette catégorie que les droits dans lesquels la manifestation de volonté aura une efficacité autonome indépendante de la volonté que suppose l'exercice de tout droit.

38. V., *supra*, n° 227, p. 259.

société reconnaît à l'individu en vue de satisfaire certains intérêts de caractère individuel ou social, et exercé par une volonté autonome.

SECTION II

La base de la distinction

251. Les pouvoirs qui sont accordés aux individus, et qui constituent le contenu des droits subjectifs, pourront porter sur des objets très différents. Edmond Picard [39] classe ceux-ci en quatre catégories. Selon lui, les pouvoirs de l'individu peuvent porter : *a*) sur la propre personne du sujet de droit : ce qu'il appelle « l'enveloppe du moi humain » et qui est formée du corps de l'individu, de sa mentalité, et des attributs dont les lois l'investissent ; *b*) sur les autres personnes ; *c*) sur les choses matérielles ou corporelles ; *d*) sur les choses intellectuelles ou incorporelles. C'est en partant de cette division qu'il opère une classification quadripartite des droits subjectifs, à laquelle il ajoute un cinquième groupe constitué par les droits qui accordent à leur titulaire un pouvoir sur une universalité [40]. Cette classification comprend les droits réels et les droits de créance : les premiers étant ceux qui portent sur les choses matérielles, les seconds, qu'il appelle « droits obligationnels », étant ceux qui portent sur les personnes. Edmond Picard arrive donc à une classification des droits réels et des droits de créance qui est basée sur une différence de l'objet des pouvoirs accordés au titulaire du droit.

Remarquons que la doctrine classique avait un point de départ identique ; mais le tort de cette doctrine a été de ne pas avoir utilisé, comme critérium de distinction, le fait même qui se trouvait à la base de la distinction, et d'avoir eu recours à des conséquences juridiques qui, ainsi que nous croyons l'avoir montré, n'en étaient pas des conséquences nécessaires.

Cette différence d'objet est pourtant à la base de la distinction [41], car elle entraîne une différence dans la nature des pou-

39. *Le droit pur*, p. 92 et s.
40. *Op. cit.*, p. 117 et s.
41. Capitant écrivait, dans son *Introduction à l'étude du droit civil*, 4e éd., p. 118, note 2 : « Il n'est pas possible de définir le droit réel sans parler de l'objet sur lequel il porte, car c'est là l'idée essentielle. »

voirs accordés au titulaire du droit ; ceux-ci ne seront pas les mêmes selon qu'ils porteront sur une personne ou sur une chose ; et, de ce fait, elle explique que droits réels et droits de créance soient soumis, en principe, à un régime juridique différent.

252. Les pouvoirs que l'homme exerce sur les choses ont pour but l'utilisation économique de ces choses. Cette utilisation se réalisera par des actes matériels, appropriés à l'individualité organique de chaque chose, qui permettront d'en retirer les utilités économiques qu'elle est susceptible de fournir. Sur les choses, l'homme exerce donc des pouvoirs d'utilisation directe par action matérielle ou physique.

Les droits qui sont accordés aux individus sur les choses comportent de tels pouvoirs. Ce sont des pouvoirs de faire s'il s'agit de choses inanimées, ou des pouvoirs de faire faire pour certaines choses animées (animal que l'on conduit ou que l'on fait travailler). Il en résulte, qu'en raison de leur nature, ces pouvoirs permettront au titulaire du droit d'obtenir directement et sûrement les satisfactions qu'il attend de l'exercice de ce droit.

On peut concevoir que les droits accordés à un individu sur une personne comportent des pouvoirs identiques à ceux qu'il exerce sur les choses. Pouvoirs qui lui permettront de retirer directement les utilités économiques que cette personne est susceptible de fournir, c'est-à-dire d'obtenir par contrainte directe les services qu'elle peut procurer. Cette situation se rencontre dans les sociétés qui connaissent l'esclavage. Le maître de l'esclave peut agir sur celui-ci comme il agit sur un animal ; il a des pouvoirs d'action directe et physique sur la personne de l'esclave pour obtenir de lui les services qu'il est capable de rendre.

Il n'y a alors aucune différence à faire entre les droits qui sont accordés à un individu sur une chose et ceux qu'il possède sur de telles personnes. Les pouvoirs qu'ils contiennent ont une nature identique ; il s'agit dans les deux cas de pouvoirs de faire et de faire faire, et ils permettent d'obtenir directement les satisfactions que doit procurer le droit. Et l'on comprend que les Romains n'aient fait aucune différence entre ces droits, qu'ils n'aient pas considéré les esclaves comme des personnes et qu'ils les aient assimilés, en principe, aux choses.

Mais, à côté de ces droits qui soumettaient une personne humaine à une domination identique à celle qui existait sur les choses, le Droit romain a connu, dès l'époque la plus ancienne, l'existence d'engagements conclus entre personnes libres, l'une

s'engageant envers l'autre à exécuter telle ou telle prestation. Cet engagement constitue une obligation ; il fait naître, au profit du bénéficiaire ou créancier, un droit à l'égard de la personne du promettant ou débiteur. Le pouvoir qui est reconnu au créancier n'est plus un pouvoir de faire ou de faire faire, lui permettant d'obtenir par une action directe sur la personne du débiteur la prestation promise ; c'est un simple pouvoir d'exiger ou d'obtenir l'exécution de la prestation. Cette prestation suppose, en effet, une manifestation de volonté qu'aucune action humaine ne peut créer ; cette volonté est directement incoercible. On ne possède pas de moyens matériels, mécaniques, pour produire l'acte de volonté nécessaire à la prestation que le débiteur ne voudrait pas entreprendre. Tout au plus pourrait-on, par des moyens extérieurs, agir par contrainte directe sur la personne du débiteur pour plier sa volonté et le faire consentir en fin de compte à la production de l'acte de volonté nécessaire à l'accomplissement de la prestation.

Ces pouvoirs d'action physique sur la personne du débiteur pour le forcer à exécuter ont connu dans les temps primitifs un large développement, mais ont aujourd'hui presque complètement disparu. Il s'est produit en cette matière une évolution qui a consisté en un adoucissement progressif de la condition du débiteur. Dans le très Ancien Droit romain, le créancier pouvait avoir sur la personne du débiteur des pouvoirs de contrainte considérables ; c'est ainsi que le débiteur engagé par *nexum*, le *nexus*, pouvait, à défaut d'exécution volontaire, être réduit en quasi-servitude ; le créancier pouvait s'emparer de sa personne, l'emprisonner et le faire travailler à son profit [42]. Mais cette rigueur primitive s'adoucit rapidement ; dès la fin du IV^e^ siècle avant notre ère, la loi *Poetelia Papiria* interdit toute action de contrainte sur la personne du débiteur, en dehors des cas de condamnation judiciaire ; c'est le magistrat qui, en cas de non paiement, permet au créancier de se saisir du débiteur et de le faire travailler jusqu'à remboursement de la condamnation ; les pouvoirs sur la personne de l'emprisonné, l'*addictus*, sont en outre limités [43]. Il faut remarquer que dans tous ces cas les pouvoirs du créancier lui permettaient non seulement de faire pression sur la volonté du débiteur pour l'amener à exécuter, mais

42. V., Girard, *Manuel...*, p. 1109. — Monier, *Manuel...*, t. I, n° 146 ; t. II, n° 9 et s. — Cuq, *Institutions juridiques des Romains*, t. I, p. 104. — Comp., Brissaud, *Cours d'histoire générale du droit français public et privé*, t. II, p. 1358-1359.

43. Girard, *loc. cit.* — Monier, *loc. cit.*

aussi de faire travailler ce dernier pour obtenir des satisfactions équivalentes à celles dont le privait l'inexécution. Le troisième stade de l'évolution apparaît avec la suppression des prisons privées au Bas-Empire. L'incarcération ne peut plus se faire que dans les prisons publiques, et sans aucun profit direct pour le créancier. Ce système de la prison pour dettes a subsisté dans l'Ancien Droit français, et le Code civil l'a organisé, à son tour, sous le nom de « contrainte par corps ». Celle-ci a été supprimée par la loi du 22 juillet 1867 ; elle ne subsiste plus qu'en matière pénale [44].

On peut donc dire qu'aujourd'hui tout moyen de contrainte directe et physique sur la personne du débiteur a disparu. Le créancier a simplement le pouvoir d'exiger du débiteur qu'il exécute la prestation. C'est là un pouvoir fort différent de celui que peut exercer un individu sur une chose. Il en résulte que le droit du créancier sera très précaire. Chaque fois qu'il sera impossible d'obtenir l'exécution de la prestation sans l'aide du débiteur, le créancier risque de ne pas obtenir les satisfactions que son droit devait lui procurer. Afin que ce droit ait pour lui quelqu'utilité, il faudra non seulement qu'il puisse exiger l'exécution de la prestation, mais encore qu'il soit protégé contre l'inexécution due à la mauvaise volonté du débiteur. A côté de son pouvoir d'exiger l'exécution, le créancier devra avoir un certain nombre de pouvoirs lui garantissant le résultat poursuivi.

253. C'est la distinction entre ces deux sortes de pouvoirs qui est à la base de la théorie dualiste de l'obligation [45].

Les études approfondies des sources de l'Ancien Droit romain et des Anciens Droits germaniques, qui ont été faites à la fin du siècle dernier, ont dévoilé l'existence, dans les premières époques de ces Droits, de deux rapports juridiques distincts correspondant aux deux sortes de pouvoirs accordés au créancier. Les auteurs allemands, qui se sont les premiers occupés de cette question, les ont désignés par les expressions de " Schuld " et

44. V., Deymes, *Evolution juridique de la contrainte par corps*, thèse, Toulouse, 1942. — Le projet de Code d'Instruction criminelle publié en 1949 (v., *Code d'Instruction criminelle*, imprimerie administrative, Melun, 1 vol., 1949. — Rev. de science criminelle, 1949, p. 433-616 et 796. — Vouin, *Le projet de réforme du Code d'Instruction criminelle*, D. 1950, chron. p. 37) restreint encore le domaine de cette institution en la limitant aux restitutions, aux dommages-intérêts, et aux frais, c'est-à-dire aux condamnations civiles, du procès pénal.

45. Sur cette théorie, voir : Popa, *Les notions de « Debitum » (Schuld) et « Obligatio » (Haftung) et leur application en droit français moderne*, thèse, Paris, 1935. — Pelet, *La théorie dualiste de l'obligation et son application en droit suisse*, thèse, Lausanne, 1937.

" Haftung ". La " Schuld ", c'est le devoir du débiteur, l'activité que le débiteur doit mettre à la disposition du créancier ; la " Haftung " représente les moyens qu'a le créancier pour obtenir satisfaction si le débiteur ne veut pas remplir sa dette.

A la suite de cette découverte, de nombreuses études ont été faites, surtout en Allemagne et en Italie, en vue de faire application de cette distinction à la notion moderne d'obligation [46]. Il s'est formé ainsi une théorie dualiste de l'obligation. Celle-ci prétend que l'on peut retrouver dans l'obligation moderne, intimement unis, deux éléments correspondant aux deux rapports juridiques indépendants qu'avaient connus les Anciens Droits romain et germaniques. Elle distingue ainsi le « rapport de dette » et le « rapport de responsabilité » correspondant respectivement à la « Schuld » et à la « Haftung » [47].

Les partisans de cette théorie sont loin d'être d'accord pour déterminer l'étendue et le contenu de ces deux éléments et leurs rapports. Dans le Droit moderne, en effet, la notion de responsabilité est intimement liée à la notion de dette, en ce sens que normalement chaque débiteur est personnellement responsable de l'accomplissement de sa dette ; il est, de ce fait, très difficile d'isoler complètement chacun de ces deux éléments, surtout si l'on donne du rapport de responsabilité une définition extrêmement large, comprenant tous les moyens destinés à assurer l'exécution de la dette ou à compenser pour le créancier l'inexécution de celle-ci.

Mais, quelle que soit la forme que l'on donne à cette distinction, et l'importance qu'on lui attribue, il faut remarquer qu'elle correspond à une certaine réalité. Elle traduit la dualité des pouvoirs qui sont accordés au créancier : d'une part, le pouvoir qui lui permet d'exiger du débiteur l'exécution de la prestation, et, d'autre part, les pouvoirs qui le garantissent contre les conséquences de l'inexécution, qui lui assurent la sécurité des satisfactions poursuivies.

C'est parce que la nature des pouvoirs accordés au créancier contre le débiteur ne lui permet pas toujours d'obtenir les satisfactions qu'il attend de son droit, qu'on lui accorde des pouvoirs sur les biens de son débiteur, c'est-à-dire des pouvoirs qui soient susceptibles d'une action directe permettant une réalisation

46. V., pour une bibliographie détaillée de ces travaux, les thèses précitées de MM. Popa et Pelet.

47. Pour la traduction des termes « Schuld » et « Haftung », v., Pelet, *op. cit.*, p. 48, note 7 ; et sur les différents termes employés pour désigner les deux éléments de l'obligation, voir, Popa, n° 172.

immédiate des utilités espérées. La naissance de l'obligation donne en même temps naissance à ces deux sortes de pouvoirs, mais ils doivent cependant être distingués, car ils constituent des pouvoirs différents tant par leur nature que par leur objet.

C'est une question sur laquelle nous reviendrons, mais il était dès à présent nécessaire d'en dire un mot afin d'apercevoir la raison de distinguer les pouvoirs qui sont accordés contre une personne et ceux qui s'exercent sur les choses.

254. Nous retiendrons, en effet, de ces analyses que les pouvoirs accordés au titulaire d'un droit seront aujourd'hui différents selon qu'ils s'appliqueront à une chose ou à une personne. Dans le premier cas, il s'agira de pouvoirs de faire ou de faire faire, dont l'exercice permettra toujours à leur titulaire d'obtenir les satisfactions qu'il attend ; il n'en sera pas de même dans le second cas, où le simple pouvoir d'exiger la prestation ne permettra pas toujours au créancier d'atteindre le résultat recherché. On comprend alors que les droits constitués par ces pouvoirs soient soumis à un régime juridique différent notamment du point de vue de leur garantie. Dans les deux cas, le titulaire du droit devra être protégé contre les atteintes des tiers ; mais, en outre, le titulaire d'un droit contre une personne devra être protégé contre la mauvaise volonté de cette personne. D'autre part, la protection contre les atteintes des tiers, elle-même, sera pratiquement organisée de façon différente à cause de la différence de nature de l'objet des pouvoirs. Nous avons vu que si l'opposabilité des droits aux tiers devait, en principe, être identique et absolue pour les droits contre les personnes comme pour les droits sur les choses, il était pratiquement impossible d'organiser une publicité, et, par suite, une opposabilité identique dans les deux cas, à cause des difficultés techniques résultant de cette différence dans l'objet et la nature des pouvoirs.

C'est cette différence de régime juridique qui justifie la distinction que l'on établit entre ces deux sortes de droits. Mais le fait qui commande cette distinction, c'est la différence de nature de l'objet des pouvoirs. C'est parce que cet objet sera une chose ou une personne, que les pouvoirs accordés au titulaire du droit seront différents, que le régime juridique auquel ils seront soumis et que les conséquences juridiques qui en découleront ne seront pas toujours les mêmes. La différence de régime juridique justifie la distinction, mais cette différence est elle-même commandée par la différence d'objet. Ce fait est donc à la base de la distinction, c'est lui qui doit servir de critérium de classification.

Nous classerons donc parmi les *droits réels ceux qui accordent à un individu un pouvoir sur une chose, pouvoir de retirer d'une chose certaines utilités,* et parmi les *droits de créance, ou droits personnels, ceux qui accordent à leur titulaire un pouvoir contre une personne* [48], *pouvoir d'exiger d'une personne certains services.*

255. Ainsi, le critérium auquel nous aboutissons n'a rien d'original. C'est en somme la définition que les auteurs classiques avaient donnée pour le droit réel et le droit de créance. Comme à eux, on pourra nous rétorquer que tous les droits accordent des pouvoirs contre une personne et que, juridiquement, il n'y a de pouvoirs que contre les personnes. Mais, sans examiner à nouveau le bien-fondé de cette objection [49], nous rappellerons que nous n'avons pas l'intention de définir le concept de droit réel ou de droit de créance ; nous voulons seulement établir une distinction, qui peut être utile, entre des droits dont nous avons reconnu l'identité fondamentale en tant que rapports de droit. Et cette distinction, nous croyons qu'elle trouve son origine, et par conséquent son critérium de distinction, dans le fait, dans la particularité, que les pouvoirs accordés au titulaire

48. Nous préférons parler de pouvoir « contre » une personne pour désigner les droits personnels, plutôt que de pouvoirs « sur » une personne, afin de les distinguer d'une autre catégorie de droits qui accordent également à leur titulaire des pouvoirs ayant pour objet direct une personne. Nous voulons parler des droits de puissance. Ils se distinguent des droits de créance par la nature des pouvoirs qu'ils contiennent et par le but qu'ils poursuivent. Les droits de puissance comportent en effet des pouvoirs d'autorité et de contrainte sur la personne, plus étendus que ceux accordés par les droits de créance. Ils peuvent même aller jusqu'à un certain pouvoir de correction corporelle, comme c'est le cas pour la puissance paternelle. Ce sont des pouvoirs de commander, tandis que le créancier n'a qu'un pouvoir d'exiger. D'autre part, ces pouvoirs ont en général pour but d'assurer la protection de la personne sur laquelle ils portent, et ce qui est à craindre alors, ce n'est pas tant l'obstacle que pourrait faire à l'exercice de ces pouvoirs la personne qui y est soumise, que le mauvais usage que pourrait en faire leur titulaire. Cette différence de nature et de but explique que ces deux sortes de droits, bien qu'ayant tous deux pour objet direct une personne, soient soumis à des régimes juridiques très différents. Cette dualité de régime juridique justifie la distinction que l'on fait entre ces droits. Mais l'origine de la distinction devra être recherchée dans le fait qui explique la différence de régime juridique, à savoir la nature des pouvoirs et le but recherchés. C'est pour marquer cette différence que nous préférons parler pour désigner les droits de créance de « pouvoirs contre une personne » et réserver aux droits de puissance l'expression de « pouvoirs sur une personne » que M. Minéi proposait d'utiliser pour caractériser les droits personnels (v., Minéi, *op. cit.*, p. 325 et 379).

49. V., Rigaud, p. 230-241, qui montre que philosophiquement et juridiquement il est parfaitement légitime de parler d'un droit sur une chose. Le pouvoir matériel, pouvoir de fait, sur une chose, devient un droit lorsqu'il est reconnu et protégé par le législateur. — Comp., E. Gaudemet, *Théorie générale des obligations*, p. 2.

d'un droit peuvent avoir pour objet une chose en vue d'en retirer certaines utilités, ou une personne en vue d'en obtenir certains services.

Il nous reste à voir comment la mise en œuvre de cette distinction et de ce critérium permet de donner une classification des rapports de droit logique et utile, ne serait-ce que pour obtenir une meilleure et plus claire systématisation de ces rapports.

TITRE IV

APPLICATION DU CRITERIUM CHOISI

I

Avant de faire application du critérium de distinction du droit réel et du droit de créance auquel nous avons abouti, il est nécessaire de prendre position sur une question préalable : *Existe-t-il une limitation légale du nombre des droits réels ?*

256. La même question se pose pour les droits de créance et les auteurs sont tous d'accord pour déclarer que le nombre de ces droits est infini, et que, dans les limites de la liberté contractuelle, il est possible aux individus de créer les droits les plus divers.

Au contraire, plusieurs auteurs, notamment Aubry et Rau et Demolombe, se sont efforcés d'établir que le nombre des droits réels serait déterminé par le Code civil, dont l'article 543 en contiendrait une liste limitative [1]. Selon eux, il n'est pas possible de créer des droits réels en dehors de ceux que le Code énumère ou de modifier la physionomie de ceux qui existent.

Cette opinion est loin d'avoir rallié l'unanimité des auteurs. On n'a pas manqué d'observer qu'elle était contraire au principe de l'autonomie de la volonté [2]. Et on a prétendu à l'inverse que l'article 543 était énumératif [3]. De fait, une jurisprudence bien éta-

1. Aubry et Rau, t. II, 6e éd., par. E. Bartin, § 172, p. 71 et note 1 *quarter*, et § 224 *bis*. — Demolombe, t. IX, n° 511 et s., p. 452 et s. — Voir, sur ce point, Colin, Capitant et Julliot de la Morandière, t. I, n° 121. — Saleilles, *op. cit.*, p. 411 et s. — Beudant, Lerebours-Pigeonnière et Voirin, t. IV, n° 70. — Ripert et Boulanger, t. I, n° 2606. — Josserand, t. I, n° 1337. — Planiol, note sous Req., 5 décembre 1906 : D.P. 1907.1.249. — Gény, *Méthode d'interprétation...*, t. I, n° 80, p. 183, note 3, t. II, n° 171, p. 154, note 2 ; *Science et technique*, t. III, n° 208, p. 132 à 135.

2. Gény, *Science et technique*, t. III, p. 134.

3. Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n°s 193 et 194. — Planiol, Ripert et Picard, n° 48. — G. Ripert, thèse, Aix, 1904, p. 178. — Saleilles, *op. cit.*,

blie, ayant à son origine un arrêt de la Cour de Cassation du 13 février 1834, a admis la création de droits réels qui ne correspondaient pas exactement aux types prévus par l'article 543 [4].

Si cette controverse est née, c'est peut-être parce que le problème avait été mal posé. La classification des droits réels pose deux questions connexes, mais distinctes : d'une part, la question de savoir s'il est possible de créer des droits réels contenant des pouvoirs différents de ceux qui sont consacrés par le Code civil, et, d'autre part, celle de savoir s'il est possible de créer des droits réels ayant pour objet des choses autres que les choses matérielles.

Le droit réel se caractérisant, en effet, par un pouvoir accordé à un individu sur une chose, déterminer le domaine du droit réel revient à dire quels sont les pouvoirs qui peuvent constituer un tel droit et quelles sont les choses qui peuvent être l'objet d'un tel droit.

Ce sont les mêmes questions qui se posent pour le droit de créance : quels sont les pouvoirs qui peuvent constituer ce droit et quelles sont les personnes qui peuvent être soumises à ces pouvoirs ? Mais les réponses sont alors faciles : les personnes qui peuvent être soumises aux pouvoirs du titulaire d'un droit de créance, ce sont toutes les personnes qui peuvent être sujets de droits. Quant au pouvoir qui forme le contenu du droit, il est le même dans tous les droits de créance, il s'agit toujours d'un pouvoir d'exiger. L'exercice de ce pouvoir pourra être soumis à diverses modalités, mais sa nature restera identique. Il n'y a donc aucune distinction à faire entre les droits de créance en se plaçant au point de vue des pouvoirs accordés au titulaire du droit. On voit, par suite, le sens de l'idée selon laquelle le nombre des droits de créance est infini ; en réalité, ce qui est infini, ou du moins ce qui peut varier dans les limites de la liberté contractuelle, ce sont les prestations qui peuvent être dues par le débiteur. Ces prestations, que l'on classe en trois catégories, selon qu'elles ont pour but une action de donner (dara), une action de faire ou une abstention, peuvent prendre toutes les formes concevables dans les limites fixées par la notion d'ordre public. Mais il n'est pas possible de créer des droits de créance qui accordent à leurs titulaires des pouvoirs différents de ceux que le Code civil accorde à un créancier.

p. 465, 466. — Rigaud, *op. cit.*, p. 300 et s. et les références citées en note p. 301 et 302. — Bonnecase, *op. cit.*, p. 127 et s. — Chauveau, *op. cit.*, p. 563.

4. Req., 3 février 1834, Coquelard ; D. 1834.1.118 ; S. 1834.1.1205. — Req., 5 novembre 1866 : D. 1867.1.32. — 25 octobre 1886 : D. 1886.1.373. — Dijon, 30 décembre 1896 : D.1898.2.100 ; S. 1901.1.497.

C'est là, d'ailleurs, une vérité générale. Le droit subjectif consistant essentiellement, ainsi que nous l'avons vu, en un pouvoir reconnu par le législateur à un individu, il n'est pas possible de créer des droits contenant des pouvoirs qui ne seraient pas reconnus par le législateur. De tels pouvoirs ne seraient que des pouvoirs de fait et ne pourraient constituer un droit.

257. Cette observation va nous permettre d'apprécier la controverse qui s'est élevée au sujet de l'interprétation de l'article 543. Il n'est pas possible, en effet, de créer des droits réels accordant à leurs titulaires des pouvoirs que le législateur ne permet pas d'avoir. Sur ce point, tous les auteurs sont d'accord, et ceux qui déclarent que l'article 543 est énumératif reconnaissent que la création de droits réels nouveaux ne doit pas aller à l'encontre d'une disposition d'ordre public : il ne serait pas permis, par exemple, de ressusciter d'anciens droits féodaux [5]. Et, comme tous les pouvoirs que le Code accorde à un individu sur une chose sont contenus dans le droit de propriété, la possibilité de créer un droit réel sur des choses matérielles n'est autre que la possibilité de décomposer le droit de propriété en accordant à une autre personne certains des pouvoirs reconnus au propriétaire.

C'est cette possibilité qu'admettent les auteurs lorsqu'ils déclarent que l'article 543 n'est pas limitatif. Et la jurisprudence que l'on invoque à l'appui d'une telle interprétation de l'article 543 a trait uniquement au pouvoir de décomposer à volonté le droit de propriété. Dans l'arrêt Coquelard du 13 février 1834, la Cour de Cassation s'exprime ainsi : « Attendu que les articles 544, 546 et 552 du Code Napoléon sont déclaratifs du droit commun, relativement à la nature et aux effets de la propriété, mais ne sont pas prohibitifs ; que ni ces articles, ni aucune autre loi n'excluent les diverses modifications et décompositions dont le droit ordinaire de propriété est susceptible ».

Cette solution est la plus raisonnable. En dehors des considérations d'utilité pratique que l'on peut invoquer à son appui, elle se fonde essentiellement sur le principe de la liberté contractuelle. Dans notre droit, la simple convention peut être une source aussi bien de droits réels que de droits de créance, pourvu que ces droits n'aillent pas contre l'ordre public. Restreindre le nombre des droits réels à ceux que le Code civil a spécialement

5. Baudry-Lacantinerie et Chauveau, *loc. cit.* — Planiol, Ripert et Picard, *loc. cit.*

étudiés serait porter au principe de la liberté contractuelle une atteinte qu'aucun texte ne justifie. L'article 543, notamment, ne fait qu'annoncer le plan du livre II ; il ne contient aucune limitation expresse des groupes de pouvoirs pouvant constituer un droit réel ; il est simplement énumératif, et son énumération est d'ailleurs incomplète puisqu'il passe sous silence certains droits réels généralement indiscutés, tels le droit de superficie et le droit d'hypothèque.

Répondant à la première question que nous avons posée, on peut donc dire qu'il est possible de créer des droits réels différents de ceux qu'étudie le Code civil [6]. Mais il faut bien remarquer que ces droits ne pourront contenir que des pouvoirs reconnus par le législateur. Ils seront, de ce fait, des démembrements du droit de propriété, puisque ce droit contient l'ensemble des pouvoirs qui peuvent être accordés à un individu sur une chose. Le nombre de ces démembrements, et par suite le nombre des droits réels, sera forcément limité, mais il ne sera pas limité aux démembrements spécialement décrits par le Code. Cependant, il faut observer, avec M. Maurice Picard [7], que « la constitution d'un droit réel n'est en général opposable aux tiers que moyennant l'accomplissement de certaines formalités de publicité ». Or, « les formalités de publicité ne peuvent être légalement remplies que pour des droits et des actes qui rentrent dans les catégories prévues par la loi, d'où une nouvelle difficulté pour créer des droits réels nouveaux opposables aux tiers, ou tout au moins dont l'opposabilité ne puisse être discutée » [8].

6. Par là, nous inclinerions à admettre la validité, au regard de la loi française, du « trust » anglo-saxon. *Contra*, H. Motulsky, *De l'impossibilité juridique de constituer un « trust » anglo-saxon sous l'empire de la loi française*, Rev. crit. dr. int. privé, 1948, 451, qui se prononce en faveur du *numerus clausus* des droits réels (n° 14) et conclut en conséquence à l'impossibilité du trust (n° 14-17).

7. Planiol, Ripert et Picard, *loc. cit.* — Cf., Ripert et Boulanger, t. I, n° 3788.

8. Il faut encore remarquer que les divers droits étudiés et réglementés par le Code civil constituent des cadres très larges. Le contenu de ces types de droit réel est en effet très varié, allant des droits les plus étendus, comme le droit de propriété ou le droit d'usufruit, aux droits contenant les pouvoirs les plus restreints comme les droits réels de servitude ou les droits d'usage de sorte qu'il sera possible de considérer les divers droits réels que l'on peut concevoir, comme des modifications conventionnelles de la catégorie dont ils se rapprochent le plus. Le rattachement à une catégorie-type sera, en pratique, nécessaire pour suppléer à la réglementation que n'auraient pas prévue les parties. Aussi, les auteurs qui considèrent que ces modifications conventionnelles ne changent pas la qualification légale du droit réel, peuvent déclarer qu'il n'y a pas d'autre droit réel que ceux étudiés par le Code civil (cf., E. Bartin, 6e édition du traité d'Aubry et Rau, t. II, § 172, p. 71, note 1 *quarter*). Il n'empêche que ces droits réels auront par hypothèse un contenu différent du droit réel type auquel ils seront rattachés. Or, ce n'est que par leur contenu que les droits réels diffèrent entre eux. Peu importe,

258. On voit, par là, la portée relative, tant au point de vue théorique qu'au point de vue pratique, du principe de la non-limitation du nombre des droits réels, auquel se rallie la majorité des auteurs à la suite de l'interprétation de l'article 543. Ce principe prend une portée beaucoup plus large avec ceux qui concluent à la possibilité de créer des droits réels sur des choses autres que les choses matérielles. Mais c'est là un problème différent de celui que nous venons d'examiner ; c'est la seconde question que pose la détermination du domaine des droits réels : *Quelles sont les choses qui peuvent faire l'objet d'un droit réel ?* En étendant la notion de chose, on étend le domaine des droits réels. C'est ce que n'ont pas manqué de faire certains auteurs.

M. Rigaud, en particulier, s'est montré favorable à un « élargissement du cercle des droits réels par la théorie des choses » [9] ; il considère comme choses susceptibles d'être objets d'un droit réel, non seulement les choses matérielles, mais aussi les choses immatérielles ou incorporelles, et il distingue à cet égard comme choses incorporelles : d'une part, les droits eux-mêmes envisagés comme objets de droits réels ; ainsi en serait-il au cas d'usufruit ou de gage d'une créance ; d'autre part, « les autres choses incorporelles », parmi lesquelles il classe les droits intellectuels ou droits de propriété littéraire, artistique, ou scientifique, et les droits sur universalités (fonds de commerce).

Quelques années avant M. Rigaud, un autre auteur, C. Prodan, avait édifié une théorie générale des droits réels dans laquelle il étendait considérablement le domaine de ces droits [10] ; il distinguait, en effet, quatre catégories de droits réels : 1) Les « droits réels matériels », qui seraient en somme des droits formés uniquement de pouvoirs d'utilisation matérielle d'une chose corporelle ; rentreraient dans cette catégorie : la propriété matérielle, les servitudes, l'usufruit, l'usage, l'habitation, l'emphytéose, le bail, le commodat [11]. 2) Les « droits réels intellectuels », qui constitueraient pour les choses incorporelles le pendant des droits réels matériels ; et, pour marquer le parallélisme qu'il établissait entre ces deux premières catégories, l'auteur n'hésitait pas à parler de démembrements de la propriété intel-

pour la question qui nous occupe, la qualification qu'on leur donnera, ce seront les droits différents de ceux qu'a étudiés le Code. On pourra les considérer comme des modifications conventionnelles de ces derniers, mais c'est justement à la possibilité de cette modification que se réduit le principe de non-limitation des droits réels. Cf., Ripert et Boulanger, t. I, n° 3788.

9. Rigaud, *op. cit.*, p. 385 et s.

10. C. Prodan, *Essai d'une théorie générale des droits réels*, thèse, Paris, 1909.

11. *Op. cit.*, p. 110 et s.

lectuelle, en assimilant ces démembrements à des usufruits, à des servitudes, voire à des locations [12]. 3) Les « droits réels juridiques », qui semblent être, selon M. Prodan, des droits formés de pouvoirs d'utilisation juridique d'un bien ; ce seraient, la propriété juridique — qui « n'est pas seulement la propriété d'une propriété matérielle, mais encore la propriété d'un droit de servitude, d'un usufruit, d'un bail, d'un gage, etc..., de même qu'elle est la propriété d'un droit de créance » [13] —, le gage et l'hypothèque, les usufruits de droits, les louages de droits [14]. 4) Les droits réels généraux, qui comprendraient les droits sur les universalités [15].

259. L'étude approfondie de ces questions nous entraînerait trop loin du problème auquel nous avons consacré ce travail. Elle pourrait à elle seule faire l'objet d'une monographie importante, car elle met en cause les notions de droits intellectuels et de droits sur droits qui soulèvent des problèmes très délicats.

En étudiant les rapports du droit de propriété avec les autres droits réels, nous aurons l'occasion d'examiner la distinction de la propriété matérielle et de la propriété juridique, qui n'est qu'un développement extrême, mais logique, de la notion de droit sur droit. Nous verrons alors que cette notion conduit à des distinctions irréelles. Nous pensons qu'en réalité, dans le droit sur droit, il n'y a qu'une sorte de démembrement ou, comme on l'a écrit, « un cas de succession constitutive d'où d'un droit plus ample descend un droit moins étendu, mais de même nature » [16] ; lorsqu'on parle d'un droit réel établi sur un autre droit, on vise l'attribution à un autre que le titulaire de ce droit de tout ou partie des utilités qu'il comporte ; « en cas de gage ou d'usufruit sur une créance, écrit M. Quincarlet, le créancier qui a normalement le droit à la fois d'obtenir une ou plusieurs prestations du débiteur, et de céder ce droit à autrui moyennant un prix qui représente la valeur de cette prestation, transfère alors à son propre créancier soit le droit d'obtenir certaines prestations telles que les intérêts de la créance, soit le droit de s'approprier la valeur de la créance, ou plus exactement de la prestation qui en fait l'objet en réalisant cette valeur par une aliénation qui lui permettra d'en toucher le prix. Il y a, en réalité,

12. *Op. cit.*, p. 139 et s.
13. *Op. cit.*, p. 154.
14. *Op. cit.*, p. 154 et s.
15. *Op. cit.*, p. 183 et s.
16. Cf., Mandrioli, *Nuova digesto italiano*, V[is] Diritti reali, n[o] 6 *in fine*. — Comp., Ferrara, *Trattato di diritto civile italiano*, 1921, p. 414.

soit aliénation temporaire, soit démembrement d'un droit, et non pas création d'un droit sur un autre » [17]. « Quand l'usufruit porte sur une créance, écrivent MM. Ripert et Boulanger, il cesse d'être un droit réel. La division des prérogatives entre l'usufruitier et le créancier s'opère au moyen d'une décomposition du droit analogue au démembrement de la propriété. » [18]. Ainsi, et d'une façon générale, il ne saurait y avoir de droit réel sur droit de créance ; en toute hypothèse, ce sont les prérogatives des créanciers qui en totalité ou en partie sont accordées à un autre individu ; il y a transfert du droit ou de partie du droit, mais sa nature ne change pas ; il s'agit toujours du pouvoir d'exiger d'une personne certaines prestations [19].

Quant aux droits sur les « autres choses incorporelles », pour employer l'expression large de M. Rigaud, nous croyons que les raisons qui nous ont conduit à effectuer, et nous ont permis de justifier, la distinction du droit réel et du droit de créance, conduisent également à faire de ces droits sur choses incorporelles une catégorie à part, distincte à la fois des droits réels et des droits de créance [20]. Nous avons, en effet, expliqué et justifié la distinction du droit réel et du droit de créance par la nature différente de l'objet de ces droits, nature qui entraînait une différence de leur contenu et de leur régime juridique. Il serait possible de montrer qu'il en est de même pour les droits sur choses incorporelles ; la nature particulière de leur objet a une influence directe sur leur contenu, sur les prérogatives qui sont accordées à leurs titulaires, prérogatives qui ne sont assimilables ni à celles dont dispose le titulaire d'un droit réel, ni à celles octroyées au titulaire d'un droit de créance ; le régime juridique de ces droits présente également des caractéristiques originales, qui sont la conséquence de la nature particulière de leur objet [21]. Il convient donc, selon nous, de faire une catégorie autonome pour les droits

17. Quincarlet, *op. cit.*, p. 410. — Comp., Imbroane, *Nature juridique du gage des créances*, thèse, Paris, 1939, p. 74. — Robino, *Les privilèges et autres causes de préférence sur les créances*, thèse, Bordeaux, 1947, p. 134.

18. Ripert et Boulanger, t. I, n° 3514.

19. Sur la notion de droit sur droit, voir Bonnecase, *op. cit.*, n° 79 et s., p. 133 et s. — Quincarlet, *op. cit.*, p. 383 et s., 409 et s. — Pierre Raynaud, *Le contrat de location d'un fonds de commerce* (Rev. crit., 1936, p. 546 et s.), p. 552 et s. — De Vareilles-Sommières, Rev. trim. dr. civ., 1905, p. 450. — Chauveau, *op. cit.*, n° 33.

20. Cf., Gény, *Science et technique*, t. III, p. 241 et s. — Capitant, *Introduction à l'étude du droit civil*, p. 97. — Dabin, *Les droits intellectuels comme catégorie juridique*, Rev. crit., 1939, p. 413.

21. Cf., *Travaux de l'Association Henri-Capitant*, t. I, 1945, *Evolution du droit de propriété*, p. 45 et s., rapports de M. Rouast, p. 52, et la discussion qui l'a suivi. — Comp., *Bulletin de la Société d'Etudes législatives*, 1940-1946, rapport de M. Boutet, p. 192 et s., notamment p. 200.

sur choses incorporelles ou immatérielles que l'on tend à désigner par l'expression de « droits de clientèle » [22].

Nous croyons par conséquent que *le domaine des droits réels doit être restreint aux droits sur choses corporelles ou matérielles* [23]. Ce sont les divers types de ces droits réels dont nous voudrions dresser la liste afin de procéder à la mise en œuvre de la distinction des droits réels et des droits de créance, ce qui nous permettra, en quelque sorte, de vérifier et de préciser par l'usage le critérium de distinction que nous avons adopté.

II

260. On distingue traditionnellement deux sortes de droits réels : les droits réels principaux et les droits réels accessoires. Les droits réels principaux sont ceux qui ont une existence propre et indépendante. Au contraire, les droits réels accessoires sont ainsi nommés parce que leur existence est liée à celle d'une créance ; leur naissance suppose l'existence d'une créance, et l'extinction de la créance entraîne leur extinction ; ils ont pour but de protéger le créancier contre l'inexécution de la prestation ; ils lui permettent d'exercer éventuellement sur telle ou telle chose des pouvoirs d'action directe en vue de retirer de cette chose des utilités équivalentes à celles que lui aurait procurées l'exécution de la prestation ; ils sont une garantie contre l'inexécution. Aussi emploie-t-on parfois pour les désigner l'expression de droits réels de garantie [24], qui indique mieux que celle de droits réels accessoires leur but et leur fonction. On les désigne aussi par l'expression de droits réels du second degré [25], sous prétexte qu'ils n'auraient pas pour objet la chose elle-même, mais le droit de propriété. On veut indiquer aussi par là le caractère particulier des pouvoirs qu'ils accordent au créancier. Ces pouvoirs ont, en général, pour objet la valeur économique de la chose et non son utilisation matérielle [26]. Cependant, il ne s'agit là que

22. Roubier, *Droits intellectuels ou droits de clientèle*, Rev. trim. dr. civ., 1935, p. 285. — Desbois, *Le droit d'auteur*, Droit français, convention de Berne révisée, Paris, Dalloz, 1950, n° 259 et s. — Voir également Bonnecase, *op. cit.*, p. 762 et s.
23. Cf., R. Savatier, t. I, n° 590 ; t. II, n° 12.
24. Cf., Quincarlet, *op. cit.*, p. 12 et 403.
25. Ripert et Boulanger, t. II, n° 3581.
26. Cf., Bonnecase, *op. cit.*, n° 93 et s., 104 et s.

de leur forme la plus courante, car certains d'entre eux, tels l'antichrèse et le droit de rétention, accordent à leurs titulaires des pouvoirs autres qu'un simple pouvoir sur la valeur économique de la chose [27].

Les expressions de « droits réels principaux » et « droits réels accessoires » sont assez défectueuses. Il existe, en effet, des droits réels qui ont un caractère accessoire et sont cependant classés parmi les droits réels principaux : ce sont les servitudes ; leur caractéristique est d'être accessoires d'un droit réel principal, plus précisément d'un droit de propriété, dont elles ont pour but de permettre un exercice plus commode ou plus utile. C'est pourquoi nous préférons utiliser, pour désigner les droits réels accessoires d'un droit de créance, l'expression de « droits réels de garantie ». Faute de mieux, nous conserverons pour la première catégorie l'expression de « droits réels principaux », en sachant qu'il y a parmi eux des droits ayant un caractère accessoire.

261. La distinction des droits réels principaux et des droits réels de garantie est admise par tous, et, à cause de sa simplicité, il n'y aura aucune difficulté, étant donné un droit réel, de le classer dans l'une ou dans l'autre catégorie [28]. L'embarras et les divergences ne surgissent que lorsqu'il s'agit de déterminer si tel droit principal ou de garantie est ou non d'un droit réel. Et, tandis que les auteurs sont en général d'accord pour établir la liste des droits réels principaux, ils le sont beaucoup moins pour établir celle des droits réels de garantie ; les divergences sont alors nombreuses, et l'on peut dire que toutes les opinions ont été soutenues depuis celle de Vareilles-Sommières, qui considère comme droit réel le droit de gage général des créanciers chirographaires [29], jusqu'à celle du Doyen Chauveau, qui supprime la catégorie des droits réels de garantie et pour qui l'hypothèque elle-même ne constitue pas un droit réel [30].

Les critiques que nous avons faites des divers critériums uti-

27. Bonnecase refuse d'ailleurs de considérer l'antichrèse et le droit de rétention comme des droits réels ; cf., *op. cit.*, n° 108, et n° 315 et s.

28. Le Doyen Chauveau, qui n'admet qu'une seule catégorie de droits réels et refuse de considérer comme tels les droits que l'on classe généralement parmi les droits réels de garantie, fait cependant pour ces droits une catégorie juridique spéciale. Cf., *op. cit.*, n° 48.

29. De Vareilles-Sommières, article précité, Rev. crit., 1906, n°s 35 et 66, p. 478, 488 et s.

30. *Op. cit.*, n° 44. Voir, en outre, n° 40 et s., un exposé des différentes opinions soutenues sur la réalité des privilèges. V., ég., Bonnecase, *op. cit.*, p. 437 et s.

lisés pour opérer la classification des droits réels, et le critère de distinction que nous avons dégagé, vont nous permettre de prendre parti sur ces questions, de déterminer quels sont les droits réels principaux et les droits réels de garantie. Mais, auparavant, nous allons faire une application particulière de cette distinction au droit au bail afin de prendre définitivement position sur la nature juridique du droit du preneur.

CHAPITRE I

Le droit au bail et la distinction des droits réels et personnels

SECTION I

Le droit au bail et le droit réel de jouissance du preneur

262. Nul ne peut nier que le preneur exerce sur la chose des pouvoirs d'utilisation. Et il s'agit non seulement de pouvoirs d'utilisation matérielle qui lui permettent d'user de la chose et d'en recueillir les fruits, mais encore de pouvoirs d'utilisation juridique dans la mesure où il est autorisé à sous-louer, céder ou échanger, c'est-à-dire à disposer de son droit de jouissance.

Ces pouvoirs d'utilisation ou de jouissance de la chose, le preneur les exerce pour son propre compte. Nous avons déjà montré qu'il est inexact de prétendre que le preneur soit un représentant du bailleur ; une telle idée est peut-être valable pour une certaine époque du Droit romain ; elle ne correspond nullement à la conception classique et traditionnelle du louage. Quelles que fussent, en effet, les restrictions ou les directives que, sous la législation du Code civil, le contrat de bail pouvait imposer au preneur pour l'utilisation ou la jouissance de la chose, il n'en restait pas moins que le preneur exerçait les pouvoirs qui lui étaient accordés dans son intérêt et pour son compte personnel ; la législation moderne a, en général, supprimé ces possibilités de restrictions conventionnelles des pouvoirs du preneur ; mais, dès avant cette législation, la dépendance économique dans laquelle pouvait se trouver le preneur, du fait des restrictions conventionnelles qui auraient été apportées à ses pouvoirs de jouissance, ne pouvait jamais être telle que le preneur pût être considéré comme un représentant du bailleur, utilisant la chose pour le compte d'autrui ; sinon, c'est la nature même du contrat qui

aurait été transformée ; il n'y aurait plus eu louage, mais contrat de travail.

Les pouvoirs d'utilisation ou de jouissance qu'exerce le preneur sont enfin reconnus et protégés par l'ordre juridique. Ils ne consistent pas en de simples facultés ou tolérances dont profiterait le preneur ; ce sont de véritables droits ; ils constituent l'essence même du droit du preneur à l'égard de la chose. Il ne fait aucun doute, en effet, que l'ordre juridique reconnaît au preneur le droit d'utiliser la chose louée et d'en retirer les fruits, et qu'il protège ce droit. La seule particularité qui se présente en l'espèce est l'organisation spéciale de la protection juridique de ce droit au cas de troubles émanant d'un tiers qui invoque un droit sur la chose. Mais nous avons vu que la distinction du droit réel et du droit de créance n'est pas basée sur la mesure ou le mode d'organisation de l'opposabilité du droit aux tiers, mais doit être recherchée dans la structure interne du droit. Certes, celle-ci commande en principe l'efficacité externe du droit et l'organisation de son opposabilité, mais non d'une manière nécessaire. En principe, le droit d'utilisation d'une chose — le mot utilisation étant pris dans son sens le plus large — doit permettre à son titulaire d'en assurer directement et personnellement la défense contre toute atteinte d'un tiers quelconque ; mais ce n'est là qu'une règle générale, une règle normale, mais non nécessaire, du régime juridique des droits réels ; règle qu'il ne conviendra d'appliquer qu'en l'absence de dispositions spéciales édictées par le législateur pour tel droit déterminé, en raison de considérations particulières propres à ce droit. Ainsi l'on s'explique très bien qu'en raison de l'intérêt primordial du bailleur dans une action qui met en cause son droit de propriété, le législateur impose au preneur l'obligation d'avertir ou de mettre en cause ce bailleur. L'on concevrait même que le législateur, prenant en considération le fait que le preneur n'a pas en général les éléments nécessaires pour assurer une bonne défense à de telles actions, lui interdise d'y défendre seul [1]. Enfin, l'on s'explique également qu'il soit permis au preneur de se faire mettre hors d'instance (art. 1727) ; cela lui évite les ennuis d'une procédure sur laquelle il risque souvent de n'avoir aucune influence, car, à

1. En l'absence d'une disposition formelle en ce sens (v., cependant, art. 1727, et Civ., 9 juillet 1920 : Gaz. Pal. 1920.2.289 ; S. 1921.1.106 ; D. 1922. 1.57 ; *supra*, n° 153), nous serions enclin à permettre au preneur de se défendre seul contre les troubles de droit (cf., Maxime Chauveau, *op. cit.*, n° 28), étant bien entendu que la chose jugée à son égard ne saurait être opposable au bailleur qui n'aurait pas été mis en cause, solution qui nous paraît conforme au principe de l'autorité relative de la chose jugée.

supposer la prétention du tiers légitime, le preneur se trouvera avoir acquis un droit d'une personne qui ne pouvait le lui accorder ; étant ainsi dans la situation d'un acquéreur de la chose d'autrui, sa seule ressource sera un recours en garantie contre son auteur. On voit, en définitive, qu'il est facile de découvrir les raisons qui ont inspiré le législateur lorsqu'il a édicté des règles particulières pour organiser la protection du preneur contre les troubles de droit émanant des tiers ; ces règles, qui font exception au régime juridique qui aurait normalement découlé du caractère réel du droit de jouissance du preneur, laissent intacte la structure interne de ce droit, et elles n'empêchent pas les pouvoirs du preneur d'être efficacement protégés par l'ordre juridique, donc de constituer un droit.

Ainsi, l'on trouve dans les prérogatives accordées au preneur à l'égard de la chose les éléments nécessaires pour pouvoir conclure à *l'existence d'un droit réel de jouissance :* tout d'abord, pouvoir d'utilisation d'une chose, pouvoir de retirer directement d'une chose certains avantages ; en second lieu, pouvoir d'utilisation propre, c'est-à-dire pouvoir qui permet à son titulaire de retirer les avantages envisagés pour son propre compte ; enfin, pouvoir d'utilisation reconnu et protégé par l'ordre juridique.

263. Mais, s'il est possible de conclure ainsi à l'existence d'un droit réel de jouisance au profit du preneur, il est d'autre part absolument certain que le preneur a, en outre, le droit d'exiger du bailleur certaines prestations, autrement dit qu'il est titulaire de véritables droits de créance à l'encontre du bailleur. C'est tout d'abord le droit d'exiger la délivrance de la chose louée ; c'est ensuite le droit d'exiger l'entretien de cette chose en état de servir à l'usage pour lequel elle a été louée ; et, enfin, le droit à la garantie pour les vices cachés qui rendraient impossible l'usage de la chose, ou pour l'éviction dont pourrait être victime le preneur. Il s'agit incontestablement de droits de créance auxquels correspondent des obligations de faire du bailleur : obligation de délivrance, obligation d'entretien, obligation de garantie.

264. La coexistence de ces deux sortes de droits au profit du preneur montre la difficulté de classer le droit au bail parmi les droits réels ou parmi les droits de créance. A vrai dire, *le droit au bail comprend à la fois un droit réel de jouissance et des droits de créance.* Et c'est justement pour désigner cet aspect hybride du droit au bail que certains auteurs du XIX^e^ siècle ont proposé l'idée de droit mixte [2]. Mais parler de droit mixte pour

2. V., *supra,* n^os^ 12 et 13.

caractériser le droit au bail revient à ne pas le caractériser du tout ; dire que le droit au bail n'est ni un droit réel, ni un droit de créance, parce qu'il contient tout à la fois un droit réel et des droits de créance, enlève tout intérêt à la recherche de sa nature juridique. En effet, l'intérêt de connaître la nature réelle ou personnelle d'un droit est de permettre de déterminer le régime juridique qu'il conviendra de lui appliquer sur les points que le législateur n'aurait pas précisés ; dire que le droit au bail n'est ni un droit réel, ni un droit de créance, ou qu'il est tous les deux à la fois, revient à dire qu'on ne saurait lui appliquer dans les cas douteux les règles concernant les droits réels plutôt que celles concernant les droits de créance. Or, dans la mesure où le droit au bail est envisagé comme une entité autonome, dans la mesure où l'on veut déterminer une règle applicable à l'ensemble des droits — droits qui sont liés par un étroit rapport de connexité — que recouvre ou que renferme ce droit au bail, il est *utile de le rattacher à l'une ou à l'autre des deux catégories de droits patrimoniaux dont il est formé.*

Ce rattachement doit se faire, semble-t-il, en fonction de l'élément essentiel du droit au bail. Or, cet élément, qui nous paraît être incontestablement le droit de jouissance, n'est pas toujours apparu avec l'importance qu'il convient de lui reconnaître. Et cela explique peut-être qu'on ait pu considérer autrefois que le droit au bail était un droit personnel, et soutenir en revanche aujourd'hui qu'il était devenu un droit réel. Sous la législation du Code civil, l'importance accordée aux rapports obligatoires laissait au second plan l'élément réel du contrat. Avec la législation nouvelle, au contraire, la réglementation impérative des effets du louage a restreint le domaine de la liberté contractuelle, le champ des rapports obligatoires s'est trouvé diminué, l'élément réel du contrat est apparu au premier plan.

§ 1

Le Code civil et l'écrasement de l'élément réel par l'élément personnel

265. En réglementant le contrat de louage, les auteurs du Code civil se sont essentiellement occupés des rapports personnels, des rapports obligatoires, auxquels ce contrat devait donner naissance. Les textes du Code mettent surtout en relief les obligations respectives des parties ; en ce qui concerne les droits du

preneur, ils font apparaître, avant tout, les droits par lesquels celui-ci peut exiger du bailleur les prestations qui doivent permettre, faciliter ou garantir sa jouissance de la chose. Le droit de jouissance du preneur est ainsi passé au second plan ; il est apparu comme la conséquence des engagements du bailleur tenu par ses obligations multiples de procurer au preneur la jouissance de la chose.

Le Code civil avait, en outre, laissé à la liberté contractuelle le plus large domaine. L'étendue et le contenu des pouvoirs d'utilisation et de jouissance du preneur étaient déterminés par le contrat de bail, par l'accord des parties qui avaient toute liberté pour préciser et modifier les quelques règles générales que le Code avait posées en renvoyant le plus souvent aux usages locaux. Et nous avons eu l'occasion de montrer [3] que si le preneur bénéficiait parfois de pouvoirs et de prérogatives fort larges pour l'utilisation de la chose, c'était toujours par une concession expresse ou tacite du bailleur, donc à la suite et comme conséquence d'un engagement personnel du bailleur.

Dans la législation du Code civil, les rapports obligatoires apparaissaient donc au premier plan du contrat de bail et semblaient former l'élément primordial du contrat de bail. Le droit de jouissance du preneur disparaissait derrière l'importance des rapports personnels.

266. Mais conclure de là au caractère exclusivement personnel du droit au bail nous paraît être la conséquence d'une vue superficielle du problème.

Tout d'abord, quelle que soit la façon dont le preneur acquiert son pouvoir d'utilisation ou de jouissance de la chose, la nature du droit qui en résulte ne saurait être modifiée. Nous avons déjà insisté sur ce point [4], il est inutile d'y revenir ; il suffit de constater que tout acquéreur d'un droit réel obtient nécessairement la concession de son droit par un engagement personnel de son auteur ; le fait que, sous la législation du Code civil, les pouvoirs qu'obtenait le preneur résultaient toujours d'un engagement exprès ou tacite du bailleur, n'empêchait pas ces pouvoirs de constituer un droit réel de jouissance au profit du preneur.

En second lieu, si l'on envisage le droit au bail en tant que composé du droit réel de jouissance et des droits de créance dont bénéficiait le preneur, on peut affirmer que, malgré l'importance

3. V., *Supra*, n°s 41, 42, 43.
4. V., *supra*, n° 122 et s.

— ou l'attention — accordée par les auteurs du Code civil aux rapports obligatoires qui naissent du contrat de bail, l'élément essentiel du droit au bail demeurait cependant le droit de jouissance du preneur. Sans doute, la législation de 1804 ne mettait pas cet élément en relief, mais cela était normal puisqu'elle laissait aux parties le soin d'en déterminer le contenu ; il n'en reste pas moins que le pouvoir de jouissance du preneur constituait déjà l'objet principal du contrat, et les rapports personnels, quelle que fût leur importance, n'avaient pour but que d'en permettre, d'en faciliter et d'en garantir l'exercice.

§ 2

La législation moderne et l'écrasement de l'élément personnel par l'élément réel

267. Les lois modernes, en revanche, ont essentiellement mis en relief l'élément réel du droit au bail.

En accordant au preneur, et cela d'une manière impérative, des pouvoirs de jouissance très étendus sur l'immeuble loué, elles ont fait apparaître l'importance du droit de jouissance du preneur.

Elles ont également considérablement restreint le domaine de la liberté contractuelle ; la plupart des dispositions sont déclarées d'ordre public, et les clauses contractuelles qui tendraient à y déroger sont considérées comme nulles. Sans doute, le propriétaire est toujours libre, en général, de ne pas louer, mais, s'il loue, le preneur se trouve nécessairement investi par l'effet de la loi de pouvoirs de jouissance très étendus. L'importance du rapport obligatoire se trouve ainsi fortement diminuée.

Enfin, il faut noter qu'en contre-partie des nouveaux pouvoirs qui ont été accordés au preneur, une certaine jurisprudence tend à restreindre les obligations imposées au bailleur. On sait, en effet, que plusieurs tribunaux ont considéré que le preneur à bail de locaux d'habitation ne pouvait exiger du bailleur des réparations supérieures à l'importance des revenus que celui-ci retirait de l'immeuble. On assiste alors, vraiment, à une sorte d'écrasement, de rétrécissement de l'élément personnel du contrat de bail, par un élément réel dont le contenu s'est en revanche considérablement accru.

268. Le résultat de la législation moderne n'a donc pas été d'entraîner une transformation de la nature juridique du droit du preneur.

Avant, comme après cette législation, on peut discerner dans le droit au bail deux sortes de droits : un droit réel de jouissance de la chose louée, et des droits de créance à l'encontre du bailleur. Il s'est produit seulement une transformation du contenu et de l'étendue respectifs de ces droits ; l'effet essentiel et direct de la législation moderne a été d'accroître les pouvoirs du preneur à l'égard de la chose ; si la jurisprudence que nous rappelions ci-dessus, relative à l'obligation d'entretien, se développe et se confirme, cette législation aura eu pour effet secondaire de restreindre les droits de créance dont bénéficiait le preneur.

Mais, quelle que soit l'importance de ces modifications, il nous paraît que l'élément essentiel du droit au bail, celui qui constitue l'objet et le but mêmes du contrat de bail, est, et a toujours été, le pouvoir d'utiliser la chose, le droit réel de jouissance. Les droits de créance que peut posséder le preneur ne sont, en quelque sorte, que l'accessoire de son droit de jouissance ; certes, ils sont fort appréciables, mais le preneur n'en aurait que faire s'il n'avait d'abord le droit de jouir de la chose ; ils ne lui sont accordés que pour lui permettre d'exercer (droit à la délivrance) et d'exercer utilement (droit à l'entretien) et paisiblement (droit à la garantie) son droit de jouissance. Il n'est pas douteux que, de tout temps, c'est le droit réel de jouissance, l'obtention du pouvoir d'utiliser la chose, que le preneur a eu essentiellement en vue lorsqu'il prenait à bail ; c'est ce droit qui constitue l'élément primordial du droit au bail. Aussi, nous pensons qu'il convient de *rattacher le droit au bail à la catégorie des droits réels*, ou plus exactement qu'il faudra rechercher dans le régime juridique des droits réels les règles applicables à ce droit lorsqu'au lieu d'envisager l'un ou l'autre de ses éléments constitutifs, il sera pris en considération en tant qu'entité autonome.

SECTION II

Les conséquences du droit réel du preneur

269. L'une des premières conséquences du caractère réel du droit du preneur, et plus généralement du caractère réel du droit au bail, est que ce droit devra être considéré comme un *droit réel immobilier* chaque fois qu'il aura pour objet un immeuble. A

vrai dire, c'est là une conséquence d'ordre général, une caractéristique nouvelle du droit au bail, qui va avoir à son tour des incidences particulières sur le régime juridique qu'il conviendra d'appliquer à ce droit sur les points que le législateur n'aurait pas précisés.

Mais il faut remarquer qu'en réglementant d'une façon impérative et détaillée le contrat de bail et ses effets, la législation moderne a restreint les conséquences pratiques qui résultaient de la nature juridique du droit du preneur. Le législateur moderne n'a cependant pas tout prévu et réglementé ; et il reste encore des points sur lesquels le droit réel, et le droit réel immobilier lorsqu'il s'agit d'un immeuble, que l'on doit reconnaître selon nous au preneur, vont avoir une influence directe. C'est ce que nous montrerons après avoir rappelé les solutions pour lesquelles la nature réelle ou personnelle du droit du preneur est désormais indifférente.

§ 1

Les conséquences qui ont disparu

270. Nous avons déjà noté que la *compétence territoriale* des juridictions appelées à connaître des contestations relatives aux baux d'immeubles était autrefois fonction de la nature réelle ou personnelle du droit du preneur. Nous avons dit aussi que les lois nouvelles avaient fait disparaître l'intérêt de cette question, car elles ont toutes spécialement déterminé cette compétence qu'elles attribuent au tribunal de la situation de l'immeuble [5]. Il convient seulement de remarquer que cette règle est conforme à celle qui résulterait d'une application des principes généraux qui déterminent la compétence, en fonction du caractère réel du preneur.

Il faudrait donc la faire jouer également dans les hypothèses où les règles de compétence fixées par les lois modernes ne seraient pas applicables [6].

5. V., *supra*, n° 105.

6. On voit mal d'ailleurs comment de telles hypothèses pourraient se présenter, étant donné la large étendue d'application qui a été accordée à ces règles de compétence. Ainsi, en matière de baux ruraux, la compétence du tribunal paritaire concerne les contestations de tout bail rural, et il en a été fait application aux baux de parcelles qui échappent en principe aux règles du statut (v., Aix, 4 juin 1947 : J.C.P. 1947.II.4000), de même en matière de baux d'habitation, la compétence du juge des loyers a été étendue aux communes dans lesquelles le titre I de la loi du 1er septembre 1948 n'est pas applicable (v., Trib. civ., Mulhouse, 31 janvier 1949 : D. 1949.J.327 ; Rev. trim. dr. civ., 1949, p. 453, et les observations de M. Hébraud. — Cf., Grimaud et Givord, *op. cit.*, n° 324).

271. La possibilité d'*hypothéquer* le droit au bail d'immeuble, que l'on présentait comme l'un des principaux avantages devant découler de la reconnaissance d'un droit réel au preneur [7], semble bien avoir disparu. Les droits du preneur qui résultent des lois modernes sont, en effet, propres à la personne de leur titulaire ; ils ne sont pas librement cessibles et ils sont ainsi dans une large mesure insaisissables.

En matière de bail rural, en particulier, la cession n'est permise qu'au profit des enfants et des petits-enfants majeurs du preneur (art. 25 de l'ord. du 17 oct. 1945). Toute autre cession, même agréée du preneur, serait nulle [8]. Il en résulte une insaisissabilité du droit au bail rural qui ne saurait être hypothéqué.

En matière de baux d'habitation, en revanche, la cession est toujours possible si le contrat de bail contient une clause expresse en ce sens, ou avec l'accord du bailleur (art. 78 de la loi du 1er septembre 1948). Mais cette cession ne peut être que gratuite ; la loi a formellement interdit et elle a sanctionné pénalement toute cession onéreuse du droit au bail (art. 52) ; dans l'esprit du législateur, le droit au bail ne saurait être envisagé comme une valeur pécuniaire pouvant faire l'objet d'une négociation ; c'est un droit hors-commerce. Il y a là un obstacle absolu à la constitution d'une hypothèque. Il faut ajouter que si cet obstacle n'existait pas, le fonctionnement de l'hypothèque se heurterait à une autre difficulté, car, à supposer que le propriétaire eût dans le contrat du bail autorisé toute cession, la saisie du droit au bail laisserait au preneur la possibilité d'invoquer le droit au maintien dans les lieux, auquel il ne peut valablement renoncer par avance, en sorte que le bien saisi et hypothéqué aurait en fait bien peu de valeur [9].

En matière de bail commercial, la pratique dite du « pas de porte », qui n'est pas interdite et dont l'usage est courant [10], permet de céder le droit au bail moyennant rémunération pécu-

7. Beudant, Lerebours-Pigeonnière et Brèthe de la Gressaye, n° 539. — Planiol, Ripert et Perreau, n° 548. — Colin, Capitant et Julliot de la Morandière, t. II, n° 1005 *ter*, 4°.

8. Cf., R. Savatier, *Manuel juridique...*, n° 80. — Ourliac et de Juglart, *op. cit.*, n° 48. Bailleur et preneur, s'ils sont d'accord, ne peuvent que résilier le bail, ce qui permettra ensuite au bailleur d'en conclure un nouveau avec une autre personne.

9. Il faut ajouter que si le preneur consentait en fait à quitter le local, le droit au maintien pourrait encore être invoqué par les personnes vivant avec lui, auxquelles la loi accorde ce droit, non seulement au cas de décès de l'occupant, mais encore au cas d'abandon de domicile par celui-ci. V., art. 5, loi 1er septembre 1948. — Cf., Paul Esmein, Gaz. Pal., 7 mars 1951. doct. n° 12.

10. V. Perraud-Charmentier, *Essai d'étude synthétique du statut du « pas de porte »*, Journ. Not., 1950, p. 425 et s., n° 4.

niaire. Et la loi du 24 mai 1951 a d'ailleurs permis cette cession à l'acquéreur du fonds, nonobstant toute clause contraire [11]. Le droit au bail commercial paraît donc pouvoir être envisagé comme un bien patrimonial ayant une valeur pécuniaire, susceptible d'être négociée. Mais il faut constater que le droit au bail commercial est intimement lié au fonds de commerce ; il fait partie intégrante de ce fonds, dont il constitue un élément important ; la loi elle-même le classe parmi les éléments incorporels du bien patrimonial incorporel et mobilier que constitue le fonds de commerce ; et, en pratique, on conçoit mal sa cession en dehors d'une cession ou d'un abandon du fonds [12]. Dans ces conditions, il semble difficile de constituer ce droit en garantie indépendamment du fonds auquel il se rattache ; l'hypothèque du droit au bail ne nous paraît pas possible à admettre ; ce droit ne saurait être mis en gage qu'avec le fonds de commerce et comme élément de celui-ci ; c'est à ce titre qu'il est compris dans le nantissement organisé par la loi du 17 mars 1909 (art. 9, al. 3).

272. Il faut noter que le caractère réel immobilier du droit au bail d'immeuble ne peut, en l'état actuel des textes, avoir de conséquences en ce qui concerne *la transcription*.

Il y aurait sans doute intérêt à organiser la publicité du droit au bail d'immeuble, surtout en matière rurale. Le bail rural doit, en effet, être conclu pour une durée minimum de neuf ans, et si l'on y ajoute les conséquences qui résultent du droit au renouvellement et du droit de préemption, on constate facilement que ce droit constitue une charge de la propriété immobilière beaucoup plus grave que celle qui résulte de certains droits viagers d'usage ou d'usufruit qui sont cependant soumis à publicité. La même remarque peut être faite pour les baux d'habitation et pour les baux commerciaux qui, par l'effet du droit au maintien dans les lieux et du droit au renouvellement, vont grever le droit du propriétaire pour une durée illimitée. L'intérêt de cette publi-

11. V., *supra*, n° 102.

12. En matière rurale, le droit au bail s'intègre également dans la notion d'exploitation agricole dont il constitue l'un des éléments ; il en résulte certaines conséquences en ce qui concerne le partage et l'attribution préférentielle de l'exploitation agricole (v., R. Savatier, *L'indivision et les baux ruraux*, Rép. gén. not., 1948, art. 26554 et 26557, n° 23 ; *l'attribution préférentielle d'une exploitation agricole dans un partage*, Rép. gén. not., 1946, art. 26.371, n° 6 : *Les conditions d'ouverture de l'attribution préférentielle d'une exploitation agricole*, Rev. Fermages, 1949, p. 63 et s.), M. R. Savatier a pu, avec raison, reprocher à une décision d'avoir méconnu l'indivisibilité de l'exploitation rurale en séparant, dans un partage de communauté, le matériel rural du droit au bail (v., Trib. civ., Meaux, 30 juillet 1947, J.C.P. 1948.II.4351 et les observations de M. Savatier).

cité est encore plus évident si l'on admet, comme nous le pensons, que le titulaire d'un bail verbal peut opposer à l'acquéreur de l'immeuble les droits de prorogation, de renouvellement, de maintien dans les lieux ou de préemption [13].

Il est certain cependant qu'on ne saurait actuellement exiger la transcription pour le bail inférieur à 18 ans. Car, tout d'abord, l'article 1er de la loi du 23 mars 1855 n'impose la transcription que pour les droits réels immobiliers susceptibles d'hypothèques ; or, nous venons de voir que le droit au bail ne peut être hypothéqué. Mais, surtout, la loi de 1855 a spécialement prévu et organisé la publicité des baux d'immeubles ; seuls, les baux supérieurs à 18 ans y sont soumis ; aussi, même si l'on admettait que le droit au bail fût susceptible d'hypothèque et qu'il constituât bien ainsi un « droit réel immobilier susceptible d'hypothèque », conformément à l'article 1er de la loi de 1855, on ne pourrait le soumettre dans tous les cas à la transcription sans aller à l'encontre de la règle formelle de l'article 2, alinéa 4 de cette même loi.

§ 2

Les conséquences qui subsistent

Il demeure cependant des cas pour lesquels le législateur n'ayant pas donné de solutions particulières, il convient de se reporter à la nature juridique du droit du preneur pour déterminer la règle applicable.

273. Il en est ainsi, tout d'abord, en matière de *possession*. Le preneur, étant titulaire d'un droit réel, doit, en application des principes admis en matière de possession par le Droit français actuel [14], être considéré comme un possesseur, possesseur *animo locatoris*, ou, pour employer les expressions des auteurs modernes, comme un « détenteur partiel » (détenteur du droit de propriété), « possesseur partiel » (possesseur du droit réel de jouissance que procure le bail).

Il en résulte, en premier lieu, que toutes les actions possessoi-

13. V., *Supra*, nos 52, 63 et s., 81 et s., 94.
Il faut remarquer cependant que lee inconvénients du défaut de publicité se trouvent réduits par le fait que l'octroi des droits nouveaux consentis au preneur suppose une occupation effective de l'immeuble ; les tiers acquéreurs ont ainsi, en fait, la possibilité de se rendre compte de l'existence éventuelle d'un droit au bail et à ses prolongements.
14. V., *supra*, n° 138.

res, et par conséquent la complainte, devraient être accordées au preneur [15].

En second lieu, il faut admettre qu'en matière mobilière, le possesseur d'un meuble, qui en est locataire ou qui prétend l'être, pourra invoquer l'article 2279 pour s'opposer à la revendication d'un tiers.

Enfin, en matière immobilière, il faut décider qu'un droit au bail pourra s'acquérir par prescription. On a appliqué à l'usufruit la prescription acquisitive, malgré le silence des textes, du seul fait qu'il s'agissait d'un droit réel immobiler susceptible de possession ; il n'y a aucune raison pour ne pas en décider de même pour le droit au bail. Sans doute, il faut remarquer, comme le font MM. Ripert et Boulanger pour l'usufruit, qu'on ne peut guère supposer qu'un usurpateur, qui s'empare d'un immeuble sans titre, en prescrive seulement la jouissance, quand il lui est possible d'acquérir la pleine propriété par les mêmes faits de possession. Mais on comprend très bien qu'une personne qui paraît avoir acquis un droit au bail par contrat ou par testament et qui n'a rien acquis du tout, parce que son titre émane d'un non-propriétaire, arrive à l'acquisition de ce droit par l'effet de la prescription au bout de dix ou vingt ans si elle a été de bonne foi, au bout de trente ans seulement si elle a connu le défaut de propriété du constituant [16]. Toutefois, on ne saurait acquérir par ce moyen le droit aux prestations personnelles (entretien et garantie) du propriétaire — non bailleur ; en sorte que l'acquisition par prescription ne concernerait pas à proprement parler le droit au bail, mais seulement le droit réel de jouissance du preneur.

274. Du caractère réel immobilier du droit au bail d'immeuble, il résulte en outre un certain nombre de conséquences qui se rattachent à la distinction des meubles et des immeubles.

Tout d'abord, quant à la composition de la *communauté* légale, le droit au bail devra suivre le sort des immeubles. Ainsi, le bail conclu par l'un des époux antérieurement au mariage sera propre à cet époux [17]. Pendant la vie du régime, cette solution, contraire à celle actuellement admise [18], n'est pas sans intérêt

15. Comp., R. Savatier, *Manuel juridique...*, n° 58.
16. Cf., Ripert et Boulanger, t. I, n° 3538.
17. Cf., R. Savatier, *Le droit au bail et ses prorogations ou équivalents dans la communauté conjugale*, Rép. gén. not., 1950, art. 26807 et 26813, n°s 3 et 11.
18. V., Civ., 14 mai 1918 : D.P. 1918.1.53. — Req., 4 mai 1925 : D.P. 1925.1.141. — Aix, 23 février 1948 : J.C.P. 1948.II.4270, obs. Voirin. — Trib. civ., Lyon, 29 avril 1948 : J.C.P. 1948.II.4557, obs. R. Savatier. — Paris, 3 novembre 1949 : D. 1949.J.577. — Trib. civ., Lyon, 25 avril 1949, et Trib. civ., Ren-

lorsqu'il faut réglementer l'exercice des droits qui se rattachent à la qualité de preneur [19] ; mais, les revenus du droit au bail, la jouissance que procure ce droit tomberont en communauté, et il semble bien que les loyers qui en sont la contre-partie devront être à la charge de la communauté. A la dissolution du régime, l'époux apporteur ou ses héritiers pourront revendiquer le droit au bail. Cela laisse d'ailleurs subsister les difficultés que l'application des lois nouvelles a soulevées en cette matière ; notamment, en cas de bail d'habitation, on peut se demander si l'époux veuf ou divorcé, et non titulaire du droit au bail, ne peut cependant réclamer le bénéfice du droit au maintien dans les lieux. Une réponse affirmative s'impose si l'époux titulaire du bail avait reçu congé et n'était lui-même qu'un occupant ; le droit au maintien dans les lieux appartient à tous ceux qui habitaient avec lui depuis plus de six mois ; et la même solution doit être admise, même s'il n'y a pas eu congé, si l'on admet, contrairement à la jurisprudence actuelle, l'assimilation du bail verbal et du droit au maintien dans les lieux [20]. D'ailleurs, le droit au bail pourra faire partie de la communauté s'il est conclu au cours du mariage ; et l'on sait alors à combien de difficultés donne lieu le partage de ce droit ; difficultés qui ont leur source, non dans la multiplicité des personnes qui peuvent prétendre au droit au bail ou à ses prolongements, mais dans le fait que ce droit représente en pratique une valeur considérable et que le législateur en fait un bien incessible, hors-commerce, et auquel il se refuse à reconnaître une valeur pécuniaire ; il en résulte qu'en dehors de la possibilité d'un cantonnement matériel [21], le partage ne peut

nes, 2 mai 1949 : J.C.P. 1949.II.5171, obs. R. Savatier. — Trib. civ., Pau, 8 novembre 1949 : J.C.P. 1950.II.5309, obs. R. Savatier, Rev. trim. dr. civ., 1950, p. 179, obs. Lagarde. — Aubry et Rau, 6e éd., t. VIII, par Paul Esmein, § 507, note 6. — Planiol, Ripert et Perreau, n° 548. — M. Savatier n'a relevé qu'une seule décision (Trib. par. cant., Neufchatel-en-Bray, 10 décembre 1947, inédit), ayant récemment affirmé que le droit au bail rural ne tombait pas en communauté ; v., R. Savatier, article précité, Rep. gén. not., 1950, p. 75, note 1.

19. Voir, en ce qui concerne l'exercice du droit de préemption : Comm. par. cant., Limay, 2 juillet 1946 : J.C.P. 1947.II.3404, obs. R. Savatier ; D. 1947.J.14, note Voirin. — Trib. par. cant., Varennes-sur-Allier, 18 janvier 1949 : J.C.P. 1949.II.4776, note Voirin. — Pour le droit du preneur de donner congé, Soc., 27 décembre 1945 : J.C.P. 1946.IV.96. — Lyon, 3 décembre 1946 : J.C.P. 1947.II.3639. — Et pour l'étude d'ensemble de ces questions, voir, R. Savatier, *L'indivision et les baux ruraux*, Rép. gén. not., 1948, art. 26554 et 26557, n° 10 et s.

20. Cf., R. Savatier, article précité, Rép. gén. not., 1950, art. 26807, n° 8. — P. Esmein, *Le droit au bail et le droit au maintien dans les lieux d'un local d'habitation en cas de dissolution de mariage et de décès*, Gaz. Pal., 7 mars 1951, Doct., n° 8 et s... — V., *supra*, n° 63.

21. V., Trib. civ., Pau, 8 novembre 1949 : J.C.P. 1950.II.5309, obs. R. Savatier ; Rev. trim. dr. civ., 1950, p. 179, obs. de M. Lagarde.

avoir lieu [22] ; selon l'heureuse expression de M. Savatier, le droit au maintien dans les lieux est un bien qui « se dérobe au partage » [23] ; on est contraint de maintenir l'indivision entre tous les ayants droit à l'occupation ; tout au plus, celui qui causerait des troubles graves aux autres occupants pourrait-il être expulsé, soit à la demande de ces occupants et à titre de réparation en nature du dommage causé [24], soit à la demande du bailleur pour « occupation de mauvaise foi » en raison du trouble causé à la jouissance des autres locataires [25].

Des difficultés analogues pourront se présenter au cas de *succession*. Un occupant, par exemple, ne pourrait, en léguant son droit, priver du droit au maintien dans les lieux les personnes auxquelles l'article 5 de la loi de 1948 accorde ce droit [26]. Mais, dans la mesure où le droit au bail se transmet aux héritiers en vertu des règles normales de la dévolution successorale [27], c'est, au cas de légataire différent pour les meubles et les immeubles, le légataire des immeubles qui en profitera.

De même, en matière de *conflits de lois*, la loi successorale compétente sera celle de la situation de l'immeuble et non celle du domicile du preneur.

275. Il y a encore une autre question pour laquelle la nature du droit du preneur paraît avoir une importance : c'est celle du *conflit entre deux preneurs concurrents* [28]. M. Boulanger, dans son étude déjà citée sur les conflits entre droits non soumis à publicité [29], étude qui fait autorité en la matière, a montré comment, en principe, la solution de ce conflit doit être différente selon que le preneur est titulaire d'un droit réel ou d'un simple droit de créance. Et nous avons dit qu'il avait pu conclure que la solution généralement admise en doctrine et en jurisprudence (priorité au preneur dont le droit a eu le premier date certaine ; et, en l'absence de droit ayant date certaine, priorité au preneur

22. Cf., R. Savatier, art. préc., Rép. gén. not., 1950, art. 26807, n° 8 ; obs. au J.C.P. 1949.II.4846. — P. Esmein, art. précité : Gaz. Pal., 7 mars 1951, n° 10. — V., cep., la solution proposée par M. Voirin, obs. au J.C.P. 1948.II. 4270, sous Aix, 23 février 1948, et en matière de bail rural, voir R. Savatier, obs. au J.C.P. 1948.II.4351.

23. R. Savatier, obs. au J.C.P. 1949.II.4846.

24. Cf., R. Savatier, *loc. cit.*, et *Traité de la Responsabilité civile*, 2e éd. 1951, t. I, n° 79.

25. Cf., R. Savatier, *loc. cit.* — P. Esmein, article précité : Gaz. Pal., 7 mars 1951, n° 11.

26. Cf., P. Esmein, art. préc., n° 12.

27. On sait que pour la jurisprudence il en est ainsi, en matière de baux d'habitation, lorsque le preneur n'a pas reçu congé. V., *supra*, n° 62.

28. V., *supra*, n° 148.

29. Rev. trim. dr. civ., 1935, p. 545 et s.

qui a été le premier mis en possession) [30] se rattachait nettement à la théorie de la réalité. C'est, en effet, à ces solutions que conduit l'application des règles qu'a dégagées M. Boulanger, au cas de conflit entre deux droits réels concurrents non soumis à publicité.

La solution de principe en cette matière est que la priorité doit être accordée à celui qui, le premier, a acquis le droit [31]. C'est là, dit M. Boulanger, une question de fond, mais sur celle-ci va se greffer une question de preuve qui va modifier la règle dans son application pratique [32] ; celui qui réclame le bénéfice de l'antériorité devra en fournir la preuve ; or, s'agissant d'un conflit entre deux tiers (les deux preneurs concurrents sont bien en effet « deux tiers l'un par rapport à l'autre »), « qui, sur la base de contrats différents, élèvent des prétentions antagonistes que va départager la détermination d'une date », il faut appliquer ici l'article 1328 du Code civil [33] ; la preuve de l'antériorité résultera de la priorité de la date certaine. La préférence sera donc accordée à celui qui se prévaudra du titre ayant la date certaine la plus ancienne.

Mais que décider si aucun des deux titres n'a date certaine ? La tendance dominante est alors d'accorder la priorité à celui qui s'est mis en possession le premier ; et cette solution peut s'expliquer facilement. Puisque le problème est ramené à une question de preuve et puisque, par hypothèse, aucun des deux antagonistes ne peut prouver l'antériorité de son droit, celui qui, dans le litige, aura la charge de la preuve, sera débouté ; il en résulte que la préférence reviendra pratiquement à celui qui sera en possession et qui, de ce fait, sera défendeur au procès ; l'autre preneur qui aura la qualité de demandeur ne pourra pas en obtenir l'éviction, faute de pouvoir établir que son droit a une date antérieure.

Il faut cependant tempérer cette solution par l'application de la théorie de la fraude. Si le preneur en possession est celui qui a, en fait, acquis son droit le deuxième, et si son adversaire peut prouver qu'il y a eu, entre ce preneur et le bailleur, une collusion frauduleuse pour le frustrer de son bail (preuve qui peut se faire par tous moyens), l'éviction sera la sanction normale de cette fraude. Mais peut-on se contenter de la simple mauvaise foi du second preneur, de la preuve qu'il avait connaissance de l'existence du premier bail ? L'affirmative paraît s'imposer pour ceux

30. V., *supra*, n° 148.
31. Cf., Boulanger, *op. cit.*, n°s 1 et 24.
32. V., *op. cit.*, n° 25.
33. *Loc. cit.*

qui admettent que l'on peut, à l'égard d'un tiers déterminé, suppléer, pour l'acquisition de la date certaine, les faits prévus à l'article 1328, « par la preuve, par un moyen quelconque, que ce tiers a eu connaissance de l'acte » [34]. En revanche, ceux qui rejettent cette opinion pourront faire valoir, en faveur d'une réponse négative, la solution admise dans l'hypothèse d'un conflit entre droits soumis à publicité, où la jurisprudence a toujours exigé, pour faire obstacle au mécanisme de la publicité, des manœuvres frauduleuses et non une simple mauvaise foi [35]. Mais on peut répondre que l'on ne trouve pas ici la raison que l'on met en avant pour justifier cette jurisprudence, à savoir la nécessité de donner à tout système de publicité un certain caractère abstrait et mécanique ; l'on sait d'ailleurs qu'en fait, la simple connaissance fera apparaître le plus souvent une intention frauduleuse, la volonté de frustrer le premier ayant-cause. En sorte qu'il nous paraît normal de conclure que la préférence ne saurait être accordée à celui qui est en possession que s'il est de bonne foi [36].

Reste l'hypothèse où aucun des preneurs ne sera en possession. L'un d'eux demande sa mise en possession ; il devra l'obtenir, car le bailleur ne peut, pour s'y opposer, invoquer l'autre contrat dont il ne peut d'ailleurs pas prouver l'antériorité. L'on sera donc ramené, lors du conflit éventuel entre les deux preneurs, à l'hypothèse précédente. La situation ne paraît délicate qu'au cas où les deux preneurs se rencontrent devant le juge à la suite de deux demandes en délivrance faites au bailleur. C'est dans cette hypothèse, d'ailleurs plus théorique que pratique [37], que l'on s'explique la solution proposée par certains auteurs : licitation du droit au bail. En effet, puisqu'aucun des preneurs ne peut prouver l'antériorité de son titre, il n'y a aucune raison de préférer l'un plutôt que l'autre, de reconnaître l'antériorité à l'un plutôt qu'à l'autre ; et, puisque l'un des preneurs devra se contenter d'un recours en indemnité contre le bailleur, recours qui pourra se heurter à l'insolvabilité de celui-ci, il est normal que le droit soit attribué à celui qui accepte de courir le plus grand risque, c'est-à-dire à celui qui, en dédommageant le plus largement son concurrent, accepte le danger du recours le plus étendu contre le bailleur.

34. Cf., Paul Esmein, obs. au J.C.P. 1951.II.5988, col. 2 et 3, § III.
35. V., *supra*, p. 205, note 1.
36. C'est la solution qui sera toujours applicable en matière mobilière, où il existe un texte formel pour régler le conflit : l'art. 1141 du Code civ. Ce texte n'est qu'une application particulière de l'art. 2279, qui peut, selon nous, être invoqué par le locataire d'objets mobiliers ; cf., *supra*, n° 273.
37. V., Boulanger, *op. cit.*, p. 581, note 2.

CHAPITRE II

Les droits réels principaux

276. « Les droits réels principaux, c'est-à-dire non accessoires à un droit de créance, sont le pouvoir de se servir d'une chose, d'en tirer toute la jouissance et toute l'utilité dans une mesure plus ou moins complète. On peut les classer en deux groupes : 1° le droit de propriété ; 2° les droits réels sur la chose d'autrui. » [1]

Le caractère réel de certains de ces droits n'est discuté par personne, tels, par exemple, le droit de propriété et le droit d'usufruit ; mais il n'en est pas ainsi de tous les droits sur la chose d'autrui, et l'on distingue, en général, les droits réels de jouissance et les droits personnels de jouissance [2] ; dans ces derniers, le titulaire du droit n'aurait qu'une créance contre le propriétaire ; ce serait le cas du locataire ou de l'emprunteur dans le prêt à usage. Nous avons vu ce qu'il fallait penser à ce sujet du droit du preneur ; il nous faudra montrer ici que la solution à laquelle nous sommes arrivé pour ce droit peut être généralisée et appliquée à tout droit de jouissance de la chose d'autrui. Mais, auparavant, nous voudrions apprécier la distinction que l'on fait entre le droit de propriété et les droits réels sur la chose d'autrui, ce qui nous conduira à préciser la notion de droit de propriété en fonction des autres droits réels.

SECTION I

Le droit de propriété et ses rapports avec les autres droits réels

277. Le droit de propriété est, peut-on dire, le premier des droits réels. C'est le type même de cette catégorie de droits, celui auquel on se réfère souvent pour déterminer les attributs et les

1. Colin, Capitant et Julliot de la Morandière, t. I, n° 121.
2. Cf., Ripert et Boulanger, t. I, n° 3508.

caractères de tout droit réel. C'est, aussi, le plus complet que l'homme puisse exercer sur une chose, celui qui renferme les pouvoirs les plus étendus que l'on puisse avoir sur la chose. De ce caractère, naît la question des rapports du droit de propriété avec les autres droits réels. Si le droit de propriété contient tous les pouvoirs qu'il est possible d'avoir sur une chose, les autres droits réels seront nécessairement formés d'un ou plusieurs de ces pouvoirs ; et, comme toutes les choses sont, en général, appropriées, il en résulte : 1° que tout droit réel, autre que le droit de propriété, sera nécessairement un droit sur une chose appartenant à autrui ; 2° que, du fait de l'existence de ce droit, le droit de propriété sur cette chose va se trouver diminué dans ses attributs. On peut alors se demander si ce droit est toujours un droit de propriété, ce qui nous conduira à préciser la notion de droit de propriété.

278. Les *auteurs classiques* ont, en général, suivi en cette matière la doctrine tracée par Pothier [3]. Comme lui, ils voient dans le droit de propriété le droit réel par excellence englobant la somme de toutes les utilités que l'on peut retirer des choses. Ils conçoivent, en conséquence, les autres droits réels comme des démembrements du droit de propriété. Baudry-Lacantinerie écrit notamment : « La propriété est le droit réel le plus complet que l'on puisse avoir sur une chose. Les autres droits réels n'en sont que des démembrements, des parties détachées au profit d'un autre que le propriétaire. » [4].

Ils appliquent également cette analyse aux droits réels accessoires [5]. Ceux-ci ne diffèrent des droits réels principaux que par leur caractère accessoire et leur but de garantie ; mais, à l'égard du droit de propriété, ils ont une nature identique aux autres droits réels, ce sont des démembrements de la propriété. D'autre part, les auteurs classiques concluent à l'unité de nature de tous les droits réels ; le droit de propriété et les autres droits réels diffèrent par leur contenu, mais leur nature spécifique est la même.

279. Cette analyse n'a pas été admise par tous les auteurs. *Demolombe*, en particulier, a tenté d'établir une différence naturelle entre le droit de propriété et les autres droits réels. Selon

3. Pothier, *Traité du droit de domaine de propriété*, « Œuvres », Paris, 1847, IX, p. 101 ; *Introduction générale aux Coutumes*, éd. Bugnet, I, p. 16.
4. Baudry-Lacantinerie, *Précis de droit civil*, t. I, n° 1330.
5. Baudry-Lacantinerie, *op. cit.*, t. II, n° 1810.

lui, le droit de propriété aurait un caractère matériel, corporel, tandis que les autres droits réels auraient un caractère immatériel, incorporel. « On sait, écrit-il, qu'il y a entre le droit de propriété et les autres droits dont les biens peuvent être l'objet cette différence capitale : que le premier est considéré par la loi comme un bien corporel, meuble ou immeuble par sa nature, tandis que les autres sont considérés comme des biens incorporels, meubles ou immeubles, par l'objet auquel ils s'appliquent. » [6]. Demolombe adopte ainsi la conception romaine qui confondait, on le sait, le droit de propriété avec l'objet auquel il s'appliquait, et considérait ce droit comme matériel parce qu'il s'identifiait avec la chose dont il absorbait toutes les utilités. Mais Demolombe nous donne une autre raison de ce caractère. La propriété serait un droit matériel, parce qu'elle porte toujours sur une chose délimitée matériellement ; au contraire, les droits réels démembrés de la propriété ne seraient pas matériels, parce que, du fait de leur existence, la chose ne se trouve pas fractionnée matériellement.

Dans la mesure où la conception de Demolombe se rattache à la conception romaine sur la distinction des droits corporels et incorporels, on peut lui adresser toutes les critiques que l'on a faites à cette distinction, et sur lesquelles il est inutile d'insister ; tous les traités et manuels de droit civil rappellent la confusion qui est à l'origine de la distinction ; tous les droits sont incorporels, immatériels ; ce sont les choses sur lesquelles ces droits vont porter qui pourront être corporelles ou incorporelles ; il n'y a, de ce point de vue, aucune distinction à faire entre le droit de propriété et les autres droits réels. La nouvelle idée qu'apporte Demolombe n'enlève rien à l'erreur de cette distinction ; elle est d'ailleurs inexacte en elle-même. Les droits réels démembrés de la propriété portent sur une chose délimitée matériellement, tout comme le droit de propriété. S'ils n'entraînent pas un fractionnement matériel de la chose, comme c'est le cas lorsqu'on se trouve en présence de deux droits de propriété sur des parties distinctes d'une chose (propriété du dessous à l'un, propriété du dessus ou de la surface à un autre), ils entraînent cependant un fractionnement économique des utilités de la chose. De toute façon, droit de propriété et droits réels démembrés ont toujours une nature identique ; ce sont toujours des pouvoirs accordés à un individu sur une chose ; ce qui variera, c'est l'étendue de ces pouvoirs ; deux droits seront distincts soit parce qu'ils porteront

6. Demolombe, t. IX, n° 521.

sur des choses matériellement distinctes, soit parce que, tout en portant sur une même chose, ils seront formés de pouvoirs différents.

280. La distinction du droit de propriété et des droits réels démembrés de la propriété, telle que l'avaient exposée les auteurs classiques à la suite de Pothier, a donné lieu à une autre critique.

Certains auteurs font, en effet, une distinction entre les démembrements de la propriété et les droits réels. Tout droit réel autre que le droit de propriété ne serait pas nécessairement un démembrement de la propriété. C'est surtout à propos de l'hypothèque que les auteurs ont établi cette différence. L'hypothèque, disent-ils, ne démembre pas le droit de propriété [7] ; le créancier hypothécaire n'obtient pas la jouissance, ni l'usage de la chose ; il ne peut accomplir sur cette chose aucun acte positif ; il n'a même pas la détention comme le créancier gagiste [8]. L'hypothèque n'entraîne pas un partage des attributs, ni des avantages du droit de propriété [9].

Il est exact que le créancier hypothécaire n'obtient aucun pouvoir d'utilisation matérielle de la chose. Son droit ne porte que sur la valeur économique de la chose. Mais cette valeur économique est pour ainsi dire accaparée et appropriée par le créancier, tout au moins jusqu'à concurrence de la valeur de sa créance. Et le propriétaire a perdu l'utilisation de cette valeur économique. Son droit est donc réduit, démembré ; seulement, ce démembrement n'atteint la chose envisagée dans son individualité organique qu'indirectement, en tant qu'elle contient en elle la valeur qui fait l'objet de l'hypothèque. C'est ainsi que le propriétaire ne peut rien faire qui porte atteinte à la valeur économique représentée par l'immeuble, et les auteurs sont d'accord pour reconnaître qu'il ne peut exercer un acte de disposition ou de jouissance matérielle qu'à condition que cet acte n'ait pas pour but de diminuer la valeur de l'immeuble [10]. L'hypothèque entraîne, donc, une diminution des pouvoirs du propriétaire, mais elle entraîne aussi un partage des avantages de la propriété.

7. Cf., Aubry et Rau, t. II ; § 165, p. 31, note 4. — Demolombe, t. IX, n° 471 et s. — Josserand, *Cours de droit civil*, t. II, n° 1867 ; — Ripert et Boulanger, t. II, n° 3581.

8. Cf., Josserand, *loc. cit.*

9. Ripert et Boulanger, *loc. cit.*

10. Aubry et Rau, t. III, §. 286. — Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Nantissement, Privilèges et Hypothèques*, t. III, n° 1994 et s. — Guillouard, t. III, n° 158 et s. — Ripert et Boulanger, t. II, n° 3792. — Voir, également, Nast, *De l'étendue du droit, pour le propriétaire d'un immeuble hypothéqué, de l'administrer et de l'exploiter*, Rép. gén. not., 1935, p. 93 et s.

Les avantages que représente l'utilisation de la valeur économique de la chose sont enlevés au propriétaire et accordés au créancier hypothécaire. Le droit de propriété est bien démembré par l'hypothèque, puisque certains pouvoirs sur la chose sont accordés à un autre que le propriétaire [11].

281. MM. Ripert et Boulanger ont pu soutenir une opinion différente, parce qu'à la suite de Planiol ils considèrent que le droit pour le propriétaire de retirer la valeur économique de la chose ne fait pas partie du droit de propriété, mais est la conséquence d'une faculté distincte commune à tous les droits, la faculté de céder son droit. Planiol fait, en effet, une distinction entre les actes matériels de jouissance et les actes juridiques par lesquels le propriétaire transmet en totalité ou en partie ses pouvoirs matériels de jouissance et de consommation. Et il écrit : « Il faut bien se pénétrer de l'idée que ces différents actes juridiques sont accomplis non sur la chose, mais sur le droit du propriétaire. En lui-même, le droit de propriété n'autorise que les actes matériels de jouissance ou de consommation ; ceux-là seuls forment l'objet du droit. Les actes juridiques se bornent à opérer le déplacement total ou partiel de ce droit d'user ou de consommer ; c'est l'exercice d'une faculté spéciale, la faculté de céder son droit. » [12]. MM. Ripert et Boulanger ont atténué les formules, mais ont gardé l'idée : « Juridiquement, écrivent-ils, l'illimitation des pouvoirs du propriétaire s'entend de son aptitude à passer tous les actes susceptibles de restreindre, décomposer ou même anéantir son droit. Les prérogatives du propriétaire sont envisagées ici en tant qu'elles portent sur le droit lui-même et non pas sur la chose qui est l'objet du droit. » [13]. Et, à propos de l'hypothèque, ils disent : « Ce qui est soumis à l'action du créancier, ce qui lui est hypothéqué et pourra être vendu par lui, c'est le droit que le débiteur a sur la chose. L'hypothèque est un droit réel établi, pour ainsi dire, au second degré et qui porte sur un autre droit réel. Elle n'est donc pas un démembrement du droit de propriété ; c'est une sorte de mise en gage du droit de propriété. » [14].

Cette conception aboutit, en fait, à distinguer dans le droit du propriétaire deux sortes de droits : d'une part, le droit de pro-

11. Cf., Baudry-Lacantinerie et de Loynes, t. II, n° 894. — Comp., Guillouard, t. II, n° 634. — Laurent, t. XXX, n° 174.
12. Planiol, *Traité élém.*, t. I, 11e éd., par Ripert, n° 2332. — Comp., Planiol, Ripert et Picard, n° 218.
13. Ripert et Boulanger, t. I, n° 2718.
14. T. II, n° 3581.

priété proprement dit, qui comprendrait uniquement les actes matériels d'usage, de jouissance ou de transformation ; d'autre part, le droit d'aliéner, de céder en totalité ou en partie ce droit de propriété. Mais ce droit d'aliéner se retrouve dans la plupart des droits réels et également dans les droits de créance en tant qu'ils sont envisagés comme une valeur économique. C'est pourquoi, dans sa thèse de doctorat, M. Prodan, disciple de Planiol, développant cette distinction et élargissant son cadre, a pu opposer d'une façon générale les droits réels matériels et les droits réels juridiques ; nous avons déjà noté la classification originale des droits à laquelle il avait été ainsi conduit [15] ; ses idées apparaissent cependant comme une conséquence, extrême peut-être, mais logique, de la distinction entre le droit de propriété proprement dit, ou droit de propriété matérielle, et le droit de passer tous actes juridiques susceptibles de restreindre, décomposer ou aliéner cette propriété.

282. Cette distinction a été vivement critiquée par Bonnecase et de Vareilles-Sommières [16]. « C'est là, écrit Bonnecase, une conception absolument inadmissible. Elle tend à rien moins qu'à décomposer l'indécomposable, qu'à dissocier l'indissoluble. Si l'on avait réfléchi à cette idée, si souvent développée par nous, du droit réel traduisant l'appropriation des richeses, on se serait rendu compte que le droit de propriété et les droits réels démembrés de la propriété tendent à l'utilisation matérielle de la chose sous le couvert de la protection du droit, transformant, en d'autres termes, une chose en bien. Seulement, pour arriver à cette utilisation matérielle de la chose, il n'y a pas que des actes matériels à pratiquer ; il faut aussi recourir à des actes juridiques qui, par un moyen détourné, aboutissent au même résultat. » Et de Vareilles-Sommières, critiquant l'analyse de Planiol, se demande si ce dernier « est bien sûr de dire quelque chose de clair et surtout quelque chose de vrai en disant que les actes juridiques s'accomplissent sur le droit de propriété ». « En dehors du propriétaire et de la chose matérielle qui lui appartient, écrit-il, ou en dehors du créancier et de son débiteur, y a-t-il quelque chose qui existe d'une existence propre, quelque chose d'immatériel, mais de réel, sur quoi puisse véritablement s'exercer

15. V., *supra*, n° 258. — On trouvera un exposé complet des idées originales et intéressantes de Prodan dans Bonnecase, *op. cit.*, n° 50 et s., ainsi qu'une critique de ces idées, n° 78 et s.

16. Bonnecase, *loc. cit.* — De Vareilles-Sommières, *La définition et la notion juridique de la propriété*, Rev. trim. dr. civ., 1905, p. 443.

l'action humaine, qu'on puisse « déplacer », dans le sens exact du mot, et qui est le droit, la propriété, la créance ? » Pour de Vareilles-Sommières, « en accomplissant un acte d'aliénation totale ou partielle, le propriétaire agit sur la chose ; il fait subir à la chose sa volonté, il la gouverne, il décide de son sort, il la fait passer de ses mains dans d'autres mains ». « Donc, conclut-il, puisqu'en aliénant, en hypothéquant la chose, le propriétaire agit sur elle, le droit d'aliéner, le droit d'hypothéquer sont pour lui des droits sur la chose ; et ces droits font partie de son droit de propriété... En aliénant complètement sa chose, comme en la consommant, le propriétaire épuise son droit, mais l'exerce en l'épuisant. » [17]. Selon lui, par conséquent, la faculté d'aliéner fait partie du droit de propriété au même titre que la faculté d'user ou de jouir de la chose. C'est la conclusion à laquelle arrivent les auteurs classiques comme Aubry et Rau ou Baudry-Lacantinerie et Chauveau [18] ; ils présentent les prérogatives matérielles et juridiques du propriétaire comme indiscutablement unies et contenues au même titre dans le droit de propriété.

Nous croyons également que si l'on peut distinguer, parmi les actes que peut faire le propriétaire, des actes matériels et des actes juridiques, tous ces actes contribuent à former le contenu du droit de propriété ; enlever au propriétaire la faculté d'exercer un ou plusieurs de ces actes, c'est réduire les pouvoirs qui lui sont normalement accordés.

En effet, le droit de disposer, ainsi que le fait remarquer avec raison M. F. de Visscher [19], intéresse non seulement les actes de disposition juridique, mais aussi les actes de disposition matérielle. Celui qui consomme la chose, celui qui la détruit, dispose de son droit de propriété au même titre que celui qui l'aliène. La faculté de céder son droit n'est donc qu'un des aspects possibles du droit de disposer ou, plus exactement, elle n'est qu'une des possibilités qu'offre le droit de disposer. Celui-ci, en effet, s'analyse en une faculté de choisir entre plusieurs formes d'utilisation de la chose ; il n'intéresse que l'exercice du droit et non son contenu ; c'est un pouvoir de choisir, de décider du mode d'exercice du droit, analogue au pouvoir de décider de l'exercice ou du non-exercice du droit [20] ; mais les actes par lesquels se

17. *Op. cit.*, p. 452-453.
18. Aubry et Rau, t. II, 6e éd., par E. Bartin, § 190, p. 248. — Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n° 195 et s.
19. F. de Visscher, *Du « Jus abutendi »*, Rev. trim. dr. civ., 1913, p. 337 et s. et spécialement p. 342.
20. A ce titre, ceux qui font du pouvoir de disposition un droit autonome, indépendant du droit substantiel auquel il se rapporte, sont amenés à le

réalisent ces divers modes d'exercice font tous partie du contenu du droit. Le droit de propriété, par exemple, a essentiellement pour but l'utilisation d'une chose ; il doit permettre à un individu de retirer de la chose les utilités qu'elle peut fournir. Or, ce but pourra s'obtenir par des moyens différents, soit par des actes matériels d'usage ou de jouissance qui permettront de retirer de la chose les utilités naturelles qu'elle est susceptible de fournir, soit par des actes juridiques qui permettront d'obtenir la valeur économique que représentent ces utilités naturelles. Il y a là des modes différents d'utilisation de la chose. Le propriétaire a le droit de choisir entre eux, et c'est à cela que se ramène son droit de disposer. Mais les actes par lesquels se réalise l'une ou l'autre de ces utilités font tous partie du droit de propriété.

Il est donc inexact de restreindre le droit de propriété aux actes d'utilisation matérielle de la chose, comme semble le faire Planiol ; ce droit comporte également des pouvoirs d'utilisation juridique, pouvoirs de s'approprier la valeur économique que représente l'utilisation matérielle de la chose. Si ces derniers pouvoirs sont retirés au propriétaire et accordés à une autre personne, il y a bien démembrement du droit du propriétaire, du moins dans le sens où l'entendent les auteurs classiques, c'est-à-dire l'attribution à un autre que le propriétaire de certains des pouvoirs normalement accordés à ce dernier. Ainsi, l'hypothèque peut être considérée comme un démembrement de la propriété, au même titre que l'usufruit, puisque le pouvoir de retirer la valeur économique de la chose par des actes juridiques d'aliénation est enlevé au propriétaire et accordé au créancier hypothécaire.

On trouve cependant des droits réels dans lesquels les pouvoirs accordés au titulaire du droit, tout en entraînant une restriction des droits du propriétaire de la chose, ne correspondent pas à un pouvoir spécialement enlevé à ce dernier. C'est le cas, par exemple, d'une servitude de passage. Le bénéficiaire de la servitude obtient le pouvoir de passer à l'endroit où la servitude est assise, mais le propriétaire du fonds servant conserve lui aussi ce pouvoir. En revanche, il perd le droit de bâtir sur le terrain assigné au passage, le droit de le cultiver, le droit de clore sa terre à l'entrée et à la sortie du passage. Mais, ces droits que perd le propriétaire, le bénéficiaire de la servitude ne les obtient pas [21]. Il

classer dans la catégorie des droits potestatifs. Cf., G. Gorla, *Atto di disposizione* (Annali della R. Università di Perugia, 1936, XLVI). — Comp., L. Boyer, *op. cit.*, p. 66, note 1. — F. de Visscher, *loc. cit.*

21. Cf. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, p. 491.

n'y a donc pas correspondance entre les pouvoirs enlevés au propriétaire et ceux accordés au titulaire de la servitude ; peut-on alors parler d'un morcellement de la propriété ? On peut en douter, et c'est ce qui permet à de Vareilles-Sommières de critiquer, non la liste des droits réels démembrés, mais l'idée, ou plutôt l'expression, de démembrements de la propriété.

283. Cette expression tend, en effet, à faire croire que l'existence d'un droit réel démembré va entraîner un découpage, une fragmentation, une sorte de « cisaillement » de la propriété. Et, pour ceux qui, avec Aubry et Rau, définissent la propriété : « le droit en vertu duquel une chose est soumise d'une façon absolue et exclusive à la volonté d'une personne » [22], il semble bien que la propriété ne sera plus la propriété entière, la propriété parfaite ; on se trouvera en présence de deux fragments de la propriété, dont ni l'un, ni l'autre ne seront la propriété. « Seulement, écrit de Vareilles-Sommières, ce que l'on ne comprend pas, c'est que ces mêmes auteurs, en toute occasion, continuent d'appeler propriété un droit qui, d'après leur définition, n'est plus la propriété, et propriétaire une personne qui n'a plus à leurs yeux qu'une part de la propriété ; c'est qu'ils ne disent pas pourquoi ils appellent propriété cette part de la propriété plutôt que l'autre ; c'est qu'ils ne rangent pas, au moins pour un instant, dans leur liste des démembrements ou fractions de propriété, la propriété qui n'est donc plus, elle-même, qu'un démembrement de la propriété. » [23]. Si cette propriété réduite est toujours la propriété, c'est que celle-ci n'est pas en fait un droit absolu et illimité, et que les droits réels autres que la propriété ne sont pas des fragments de propriété.

Tout le monde reconnaît aujourd'hui que si la loi (art. 544 du C. civ.) définit la propriété comme un droit absolu, on ne doit y voir qu'une « permission accordée au propriétaire de faire tout ce qui ne lui est pas défendu » [24]. Mais les restrictions apportées à son droit peuvent provenir non seulement de la loi ou des règlements, mais aussi d'une convention par laquelle le propriétaire aura volontairement restreint ses pouvoirs. Aussi, de Vareilles-Sommières propose-t-il une autre définition de la propriété que celle donnée par Aubry et Rau [25]. « C'est le droit, écrit-il, en vertu duquel une personne peut, en principe, tirer d'une chose

22. Aubry et Rau, t. II, 6e éd., par E. Bartin, § 190, p. 247.
23. *Op. cit.*, p. 488, n° 84.
24. Ripert et Boulanger, t. I, n° 2716.
25. *Op. cit.*, p. 444.

tous ses services. Ou encore, c'est le droit en vertu duquel une personne peut, en principe, faire d'une chose ce qu'elle veut... Il faut et il suffit pour qu'un droit réel s'appelle et soit la propriété que, pour son titulaire, sur la chose, la liberté d'agir soit le principe. Peu importe que le principe reçoive des exceptions et que ces exceptions soient plus ou moins nombreuses, plus ou moins importantes. » [26]. Il en résulte que les autres droits réels ne sont pas des démembrements de la propriété ; car la propriété restreinte par un droit réel quelconque, que la loi confère ou reconnaît, reste toujours la propriété entière ; l'usufruit, l'hypothèque, la servitude ne peuvent donc être des fragments de cette propriété. Ces autres droits réels ne sont que des droits sur la chose d'autrui, des droits sur une chose dont un autre a la propriété. « Tout autre droit réel, ajoute de Vareilles-Sommières, consiste à tirer d'une chose, ou bien, un groupe déterminé de services, ou bien un ou plusieurs services individuellement déterminés. La différence essentielle entre la propriété et tout autre droit réel, c'est donc que le droit de se servir de la chose est d'un côté la règle et de l'autre l'exception. »

284. L'analyse de Vareilles-Sommières est à notre avis très intéressante [27]. Elle donne du droit de propriété une définition très réaliste qui ne peut être discutée. Mais elle montre aussi d'une façon particulièrement claire les rapports qui existent entre le droit de propriété et les autres droits réels. Il n'y a, en effet, entre eux aucune différence de nature, mais seulement une différence de contenu, ou plus exactement une différence dans le principe de détermination de ce contenu. C'est là une différence qui va avoir son influence dans le domaine pratique pour les questions de preuve. Le titulaire d'un droit réel qui prétend exercer tel ou tel pouvoir devra prouver que ce pouvoir ne lui a pas été retiré s'il invoque un droit de propriété ; il devra, au contraire, prouver que ce pouvoir lui a été spécialement accordé s'il prétend avoir un autre droit réel. Et, lorsque la question se présentera sous la forme d'un conflit entre le propriétaire et le titulaire d'un droit réel sur sa chose, ce qui sera le cas le plus fréquent, il y aura une présomption de pouvoirs en faveur du propriétaire : ce sera au titulaire du droit réel sur la chose de ce dernier à prouver que tel pouvoir lui avait été exclusivement réservé.

26. *Op. cit.*, p. 444.
27. Les conclusions de Vareilles-Sommières ont été adoptées par M. Gény, *Les droits sur les lettres missives*, t. I, n° 124 ; comp., *Science et technique*, t. III, p. 243.

On peut donc traduire les rapports entre le droit de propriété et les autres droits réels de la façon suivante : le droit de propriété est celui qui permet à son titulaire d'exercer sur une chose tous les pouvoirs qui ne lui sont pas spécialement retirés par la loi ou une convention ; les autres droits réels sont ceux qui ne permettent à leurs titulaires d'exercer que les pouvoirs qui leur sont spécialement accordés par la loi ou une convention. C'est là la différence essentielle et fondamentale entre ces droits qui ont une nature identique.

Et il faut remarquer que l'expression « droits réels sur la chose d'autrui » traduit mieux cette différence que celle de « droits réels démembrés ». Elle montre, en effet, que ce sont des droits sur une chose dont un autre conserve toujours la propriété [28]. Il n'est pas certain cependant que l'expression de démembrement de la propriété mérite une exclusive telle que celle que lui a lancée de Vareilles-Sommières. Elle traduit une réalité indiscutable : à savoir que les utilités de la chose vont se trouver partagées, divisées, entre plusieurs bénéficiaires. Même dans le cas d'une servitude de passage, si les pouvoirs accordés au titulaire de la servitude ne sont pas ceux qui sont enlevés au propriétaire, il n'empêche qu'il y a entre eux un partage des utilités de la chose. D'ailleurs, il ne s'agit sur ce point que d'une question de terminologie, et, à condition d'être d'accord sur la portée et les conséquences de la distinction que l'on établit entre le droit de propriété et les autres droits réels, l'expression que l'on emploie pour désigner ces derniers a peu d'importance ; on peut discuter son opportunité, mais on ne peut parler d'erreur. Toutefois, à cause de la confusion sur la notion de propriété, à laquelle peut donner lieu l'expression de droit réel démembré de la propriété, et parce que « l'exactitude des formules » contribue à assurer la saine évolution du droit, nous préférons parler de « droit réel sur la chose d'autrui ».

28. Elle correspond d'ailleurs parfaitement à la conception du Code civil qui définit l'usufruit : « le droit de jouir des choses dont un autre a la propriété... » (art. 578).

SECTION II

Les droits réels sur la chose d'autrui

285. Nous connaissons les caractéristiques de ces droits ; ce sont des droits sur une chose dont un autre a la propriété et qui entraînent donc un partage des utilités de cette chose ; ce sont des droits qui n'accordent à leur titulaire que les pouvoirs spécialement prévus par leur titre constitutif, loi ou convention ; enfin, ce sont des droits formés de pouvoirs qui sont normalement reconnus au propriétaire. Nous voulons simplement établir ici la liste de ces droits en fonction du critérium des droits réels auquel nous nous sommes rangé. Nous laisserons de côté les droits réels de garantie qui, ainsi que nous l'avons montré pour l'hypothèque, en font également partie ; nous ne nous occuperons que des droits réels principaux, c'est-à-dire de ceux qui ne sont pas l'accessoire et la garantie d'une créance.

Nous avons vu également que le nombre de ces droits réels n'est pas limitativement fixé par la loi et qu'en théorie ce nombre est indéterminé, car la convention des parties peut restreindre le droit de propriété de façons très diverses et constituer sur la chose d'autrui des droits très variés. Mais nous savons aussi que des difficultés pratiques gêneront cette possibilité théorique et que, la loi ayant prévu et réglementé les principaux types de ces droits, les nouveaux droits que la convention fera naître ne seront que des modifications conventionnelles de ces derniers, auxquels il sera toujours possible, et en pratique nécessaire, de les rattacher.

Nous nous contenterons, par conséquent, de déterminer quels sont, parmi les droits spécialement étudiés par le législateur, ceux qui doivent être classés parmi les droits réels.

La doctrine dominante y range les droits d'usufruit, d'usage, d'habitation, de superficie, d'emphytéose et de servitude. A cette liste courante, nous pensons qu'il faut ajouter, outre le droit du preneur dans la mesure que nous avons déjà déterminée, le droit du commodataire, celui du possesseur et, d'une manière plus générale, le droit de tous ceux qui exercent sur la chose d'autrui un pouvoir d'utilisation dans leur intérêt et pour leur compte personnel.

§ 1

Les droits réels sur la chose d'autrui couramment admis par la doctrine

286. Il n'existe aucune difficulté pour certains d'entre eux, à savoir les droits d'usufruit, d'usage, d'habitation et de superficie ; les auteurs sont unanimes pour les considérer comme des droits réels. Il en est, en général, de même pour l'emphytéose et les servitudes. Cependant, M. Michas a cru pouvoir contester le caractère réel de ces dernières. Mais c'est surtout la détermination des droits réels de servitude qui a donné lieu à des difficultés qu'il nous faudra examiner, après avoir brièvement rappelé la controverse ancienne sur la nature juridique du droit d'emphytéose.

A. — L'emphytéose

287. La nature juridique de l'emphytéose a donné lieu en doctrine à des controverses très vives jusqu'à la loi du 25 juin 1902.

A Rome et dans l'Ancien Droit, l'emphytéose était considérée comme un droit réel de jouissance pouvant être perpétuel et entraînant une décomposition de la propriété en domaine utile et domaine éminent [29]. Sous la Révolution, la loi du 18 décembre 1790 réduisit sa plus longue durée à 99 ans, mais conserva sa nature particulière que traduisait encore la loi des 15 septembre-16 octobre 1791 en parlant de propriété réversible ; en revanche, les lois hypothécaires du 9 messidor, an III et du 11 brumaire, an VII rejetèrent toute idée de domaine utile ou de propriété réversible ; elles ne voyaient plus dans l'emphytéose qu'un simple droit de jouissance sur la chose d'autrui.

Le Code civil ne parle pas de l'emphytéose [30]. Aussi, certains auteurs [31] pensèrent qu'on avait retiré à l'emphytéose son caractère de droit réel et que l'emphytéote ou preneur n'avait plus qu'un droit personnel, comme dans le bail ordinaire, dont il était

29. Sur la décomposition du droit de propriété, v., Garsonnet, *Histoire de locations perpétuelles et des baux à longue durée*, Paris, 1879. — Tocilesco, *Etude historique et juridique sur l'emphytéose*, thèse, Paris, 1883.

30. Tronchet affirme que l'on ne s'en était pas occupé parce que ce contrat n'avait plus d'objet. Cf., Fenet, t. XV, p. 160.

31. Delvincourt, t. III, p. 183. — Demolombe, t. IX, n° 489-491. — Aubry et Rau, t. II, § 224 *bis*. — Guillouard, *Louage*, t. I, n° 10.

très difficile de distinguer l'emphytéose, si ce n'est par la longue durée du contrat [32], la modicité des loyers ou canon [33], et l'obligation pour le preneur d'améliorer l'immeuble loué. Au contraire, la jurisprudence, approuvée par d'autres auteurs, a toujours admis la réalité du droit de l'emphytéote, avec comme conséquences : droit aux actions possessoires et droit d'hypothéquer [34]. La loi du 25 juin 1902 [35], qui est venue réglementer le contrat d'emphytéose, ou bail emphytéotique, a consacré cette jurisprudence et a décidé notamment que le droit d'emphytéose pourrait être hypothéqué (art. 1er).

Depuis cette loi, on ne discute plus le caractère réel du droit de l'emphytéote. Il aurait été consacré par le législateur. Mais il nous sera permis de faire remarquer qu'il n'appartient pas au législateur de décider que tel droit sera réel ou personnel. Même en reconnaissant que la distinction des droits réels et personnels n'est qu'une donnée technique, il n'empêche qu'elle est la conséquence de certains faits que le législateur ne peut ignorer, sous peine d'enlever à cette distinction toute utilité. Le caractère réel ou personel d'un droit dépend de la structure de ce droit. C'est au législateur à déterminer cette structure, mais il ne peut décider qu'un droit qui, par sa composition, est un droit réel, sera un droit de créance, ou inversement.

B. — Les servitudes

288. Le caractère réel des servitudes n'a guère été discuté. Michas [36], toutefois, a cru pouvoir le nier sous prétexte que « l'acte permis au propriétaire dominant sur le fonds servant reste permis au propriétaire de ce dernier fonds » [37]. Mais cette raison n'est pas suffisante pour enlever à ces droits leur caractère réel, encore moins pour en faire des droits personnels. C'est une conséquence du fait que les utilités que permet de retirer la ser-

32. Civ., 26 avril 1853 : D.P. 1853.1.145 ; S. 1853.1.144.
33. *Civ.*, 24 août 1857 : D.P. 1857.1.326.
34. Duranton, t. IV, n° 280, et t. XIX, n° 268. — Troplong, *Louage*, t. I, n° 50 ; *Hypothèque*, t. II, n° 405, et t. III, n° 776. — Demante et Colmet de Santerre, t. II, n° 378 *bis*, IV à VI. — Laurent, t. XIII, n° 340 et s. — Tocilesco, *op. cit.*, p. 244 et 300 et s. — Pour la jurisprudence, voir : Cass., 26 juin 1822 : S. 22.1.362 ; — 1er avril 1840 : S. 40.1.433 et 436 ; — 18 mai 1847 : D. 47.1.176 ; S. 47.1.623 ; — 26 avril 1853 et 24 août 1857 précités. — Civ., 11 novembre 1860 : D. 1861.1.144. — Civ., 26 janvier 1864 : D. 1864. 1.83.
35. Cette loi est un fragment du Code rural ; liv. I, titre V.
36. Michas, *op. cit.*, p. 237 à 241 ; voir, dans le même sens, Van Bemmelen, *Les notions fondamentales du droit civil*, Amsterdam, 1892, p. 157.
37. *Id.*, p. 241.

vitude sont, en général, des utilités qui se renouvellent continuellement et peuvent par suite être retirées par plusieurs personnes à la fois ; il en résulte, certes, que les servitudes ne sont pas des droits exclusifs ; mais un droit réel n'est pas nécessairement un droit exclusif. Michas a confondu, semble-t-il, droit absolu et monopole [38] ; le monopole accorde à son bénéficiaire un droit exclusif ; mais le droit réel peut n'être pas exclusif, il n'en reste pas moins un droit absolu — ce qui, pour Michas, est le caractère principal du droit réel — c'est-à-dire opposable à tous et devant être respecté par tous, même par ceux qui ont le même droit.

L'opinion de Michas est d'ailleurs restée isolée ; mais si tous les auteurs sont d'accord pour dire que les servitudes sont des droits réels, les divergences apparaissent lorsqu'il s'agit de déterminer ce qu'il faut comprendre parmi les droits réels de servitude.

289. La discussion risque de prendre un caractère terminologique qu'il faut avoir soin d'éviter.

Le Code civil règlemente, en effet, sous la dénomination de « servitudes ou services fonciers » (Liv. II, tit. IV) un ensemble de relations qui existent ou qui peuvent naître entre propriétaires voisins du fait de leur voisinage. Le mot servitude est alors pris dans un sens large et sans préjuger de la nature des droits qu'il recouvre. Tout droit accordé à un propriétaire contre un propriétaire voisin ou sur le fonds de ce dernier, du fait de leurs propriétés et de leur voisinage, pourra alors être qualifié de servitude. Le caractère de ces droits sera d'être des droits accessoires à un droit de propriété et d'être soumis de ce fait à des règles spéciales quant à leur transmission et à leur extinction.

Ce n'est que si l'on donne au mot servitude un sens plus précis et si l'on considère la servitude comme un droit réel que la difficulté apparaît. Les droits que l'on considère comme des servitudes *lato sensu*, peuvent-ils être toujours qualifiés de servitudes *stricto sensu* ? Autrement dit, ces droits peuvent-ils tous être qualifiés de droits réels, ou, au contraire, certains d'entre eux ne sont-ils pas des droits personnels soumis à un régime juridique spécial ?

38. *Ibidem.*

1° Servitudes et obligations *propter rem* ou obligations réelles

290. Les *auteurs classiques* ont été généralement unanimes pour critiquer la classification du Code civil [39]. La servitude étant un droit réel ne peut, selon eux, consister dans l'obligation imposée au propriétaire du fonds servant d'accomplir certains faits. Le propriétaire est simplement tenu de laisser faire (*ut patiatur*) ; il n'est jamais tenu de faire (*ut faciat*). Les obligations positives qui sont imposées au propriétaire du fonds dominant ne sont pas, pour eux, des servitudes ; ce sont des engagements que l'article 1370 met au nombre des engagements personnels. « Ces engagements, écrit Demolombe, sont purement et simplement des obligations *propter rem*, ou obligations réelles. Ils sont caractérisés par l'institution de l'abandon, dont le Code fait une application avec l'article 656. » [40]. Cependant, si ces auteurs distinguent en général ces engagements des servitudes proprement dites sous le nom de charges réelles, obligations *propter rem* ou obligations réelles, ils ne s'expliquent pas d'une manière précise sur la nature juridique de cette obligation. Seuls Baudry-Lacantinerie et Chauveau sont formels sur ce point : « C'est un droit personnel, écrivent-ils, avec un créancier et un débiteur, mais un droit soudé à la servitude et qui en suit les fluctuations : le droit, suivant l'expression romaine, *ambulat cum domino*. » [41].

La notion d'obligation *propter rem* a été développée à la fin du XIX^e^ siècle par le doyen Michon qui, dans sa thèse de doctorat, en a élaboré une théorie d'ensemble [42]. La caractéristique de ces obligations est d'être attachées à la possession d'une chose et de ne grever la personne que comme propriétaire ou titulaire d'un droit réel. Il en résulte qu'en transmettant son droit à un tiers, l'obligé *propter rem* transmet en même temps son obligation et qu'en abandonnant son droit au créancier, il est libéré, et l'obligation éteinte. « Le premier de ces effets, écrit Michon, se produit également dans quelques autres cas que l'on désigne sous le nom d'obligations *scriptæ in rem*. — Il s'agit des obligations qui se transmettent à l'ayant-cause à titre particulier, mais

39. Cf., Marcadé, t. II, p. 559. — Toullier, t. III, p. 356. — Demolombe, t. XI, p. 8 à 9. — Aubry et Rau, t. II, p. 302 et 335.
40. Demolombe, *loc. cit.*
41. Baudry-Lacantinerie et Chauveau, *Les biens*, n° 1131, p. 864. — Voir, dans le même sens : Carpentier et Frère Jouan du Saint, *Répertoire de droit français*, 1904, V° Servitude. — Maxime Chauveau, *op. cit.*, n^os^ 38 et 39.
42. Michon, *Des obligations* propter rem *dans le Code civil*, thèse, Nancy, 1891.

laissent subsister l'obligation de l'auteur principal ; le cas le plus frappant, et pour l'explication duquel cette sorte d'obligation semble avoir été créée, se rencontre dans le bail : l'obligation d'entretenir le bail qui pèse sur le tiers acquéreur laisse subsister l'obligation du bailleur. — « Mais, continue Michon, l'abandon est vraiment spécial aux obligations *propter rem*, et les auteurs le présentent comme le critérium de ces obligations. »[43]. Michon distingue deux sortes d'obligations *propter rem*. D'une part, celles qui sont accessoires à un droit réel principal ; elles sont relatives à la jouissance, à l'entretien et à la conservation des biens. D'autre part, celles qui sont accessoires à un droit réel de garantie ; elles résultent de la détention d'un bien affecté à la dette d'autrui, telle par exemple l'obligation pour le tiers détenteur d'un immeuble grevé de privilège ou d'hypothèque de payer la dette de leur auteur.

291. Quelques années plus tard, cette notion d'obligation *propter rem* était combattue par M. G. Ripert dans sa thèse de doctorat sur « l'exercice du droit de propriété dans ses rapports avec les propriétés voisines »[44]. Il constate qu'on peut concevoir trois genres de liens entre titulaires de droits sur des immeubles voisins : tout d'abord, chacun d'eux peut être astreint envers l'autre à l'accomplissement d'un acte positif ; en second lieu, chacun peut avoir à subir sur son immeuble un acte du chef de son voisin ; enfin, chacun peut se trouver empêché de faire certains actes sur son fonds, et cela dans l'intérêt du voisin. Pour M. Ripert, toutes ces relations constituent des servitudes. Les obligations imposées au propriétaire d'accomplir certaines prestations dans l'intérêt de son voisin seraient des servitudes *in faciendo*. Et, pour le prouver, M. Ripert démontre que l'adage *Servitus in faciendo constitere nequit*, que l'on dresse contre son opinion, et qui aurait été consacré par le Code civil (art. 637 et 686), n'est plus exact aujourd'hui, car le Code y apporte lui-même des exceptions. Ce dernier reconnaît et sanctionne certaines servitudes qui consistent *in faciendo*. Il en est ainsi dans la situation prévue par les articles 698 et 699, qui permettent d'imposer au propriétaire du fonds servant l'obligation de faire « les ouvrages nécessaires pour l'usage et la conservation de la servitude ». Il en est de même pour les obligations de procéder au bornage, d'entretenir le mur mitoyen, ou de céder la mitoyenneté.

43. *Op. cit.*, p. 3 ; comp., p. 161-167.
44. Thèse, Aix, 1902, p. 147-158.

Que la loi considère ces obligations comme des servitudes, personne ne peut le nier, mais la vraie question est de savoir si ces servitudes sont des servitudes au sens précis et technique du mot, c'est-à-dire si ce sont des droits réels. C'est ce que n'hésite pas à affirmer M. Rigaud qui, reprenant les arguments et les développements de M. Ripert, analyse les obligations *propter rem* comme des *droits réels in faciendo* [45].

Il généralise d'ailleurs le concept, et prétend ainsi « élargir le cercle des droits réels par une théorie générale des charges réelles ». Ces droits réels *in faciendo* comprendraient d'abord les servitudes *in faciendo*, dont M. Rigaud cherche à augmenter le nombre par une interprétation large de l'article 686 [46] ; mais ils comprendraient aussi toutes les charges réelles ou foncières qui ne constituent pas des servitudes et dont il ne cite comme exemple que la redevance tréfoncière imposée à la mine ; enfin, ces droits auraient un « immense développement en droit public » ; en feraient partie notamment « les servitudes de voiries qui imposent des plantations ou des essartements », et surtout les impôts réels qui frappent les choses beaucoup plus que les personnes, tel l'impôt foncier [47].

Pour prouver la réalité de ces droits, M. Rigaud part de l'idée que nous avons déjà signalée, suivant laquelle le droit réel ne s'exerce pas nécessairement sans l'intermédiaire juridique d'une personne. Cet intermédiaire juridique peut n'être tenu qu'à un simple *pati* qui, pour M. Rigaud, est cependant différent de l'obligation générale d'abstention [48] : c'est le cas dans les droits réels démembrés de la propriété ; le propriétaire « ne doit pas seulement s'abstenir, il doit encore souffrir (*pati*) l'exercice du droit sur sa chose » [49]. Mais cet intermédiaire juridique peut aussi être tenu à un *facere* ; c'est le cas dans les servitudes *in faciendo*, c'est aussi le cas du tiers détenteur d'un immeuble grevé de pri-

45. Voir, Rigaud, *op. cit.*, p. 420 à 461. — Sur cette notion de droit réel *in faciendo*, voir également Bonnecase, *op. cit.*, n° 168 et s., p. 339 à 349. — Maxime Chauveau, *op. cit.*, n° 36. — De Juglart, *op. cit.*, p. 75 à 78. — Grosso, *Servitú ed obbligazione propter rem*. Riv. dir. com., 1939, I, 217 s. — José Trullenque Sanjuan, *Los derechos Reales « in faciendo »*, Revista generale de derecho, Valencia, 1949, p. 297, 362, 434, 548, 612, 676. — Giovanni Balbi, *Le obbligazioni propter rem*, Torino, 1950, p. 37-38.

46. *Op. cit.*, p. 450-456.

47. *Id.*, p. 459-461.

48. Cf., *supra*, n° 169. — Rigaud, *op. cit.*, p. 161.

49. *Id.*, p. 423. Pour M. Rigaud, il est donc nécessaire de distinguer cette obligation du propriétaire ou détenteur de la chose, de l'obligation d'abstention à laquelle sont tenus les autres individus. Et il précise ainsi sa pensée : « Tandis qu'on ne peut dire que le propriétaire jouit de son droit par l'intermédiaire du public obligé de le respecter, on conçoit, au contraire, qu'on puisse dire que le titulaire du droit réel démembré de la propriété jouit grâce à l'observation du *pati* par le propriétaire. »

vilèges ou d'hypothèques qui doit payer les créances garanties. Le droit considéré restera cependant un droit réel, car cet intermédiaire juridique ne ressemble pas au débiteur d'une obligation proprement dite, puisqu'il peut se décharger de son obligation en abandonnant la chose. Le *pati* et le *facere* apparaissent « comme une charge de l'immeuble, et non comme une obligation de la personne, puisque celle-ci peut s'y dérober par l'abandon » [50]. Pour M. Rigaud, c'est donc encore la faculté d'abandon qui caractérise ces droits et qui, en plaçant la chose au premier plan, permet de les classer parmi les droits réels. Il distingue, par conséquent, ces figures juridiques par un critérium identique à celui du doyen Michon ; mais, tandis que ce dernier les rattachait surtout au concept d'obligation et à la catégorie des droits personnels, M. Rigaud les range parmi les droits réels.

292. Bonnecase a critiqué les conceptions de M. Ripert et de M. Rigaud. Rejetant l'assimilation des obligations réelles ou *propter rem* avec les servitudes proprement dites ou droits réels de servitude, il s'efforce également de distinguer ces obligations des obligations personnelles et d'en faire une *catégorie à part, intermédiaire entre les droits réels et les droits personnels* [51]. Ces idées ont été reprises et brillamment développées par M. de Juglart dans sa thèse de doctorat : « Obligation réelle et servitudes en droit privé français » [52]. Pour M. de Juglart, comme pour Bonnecase, la caractéristique des obligations réelles est toujours la faculté d'abandon ou « déguerpissement ». Cette institution en fait une « obligation dotée d'une autonomie qui la sépare à un degré égal du droit de créance, ou obligation personnelle, et du droit réel » [53]. « L'obligation réelle, conclut de son côté M. de Juglart, est une obligation alternative, et, selon que le débiteur réel accepte ou écarte le déguerpissement, elle se rapproche du droit réel ou du droit personnel. » [54].

2° Observations critiques sur les obligations réelles
Leur place parmi les droits de créance

293. Ce n'est pas le lieu de reprendre ici, même rapidement, l'étude de l'obligation réelle ou obligation *propter rem*, de ses

50. *Id.*, p. 426.
51. Cf., Bonnecase, *op. cit.*, n°s 153 à 210, p. 314 à 436.
52. Thèse, Bordeaux, 1937.
53. Bonnecase, *op. cit.*, p. 394.
54. *Op. cit.*, p. 282.

applications et de ses rapports avec la notion de servitude. Ce travail serait d'ailleurs inutile, car nous ne saurions mieux faire que nous rapporter aux fines analyses de M. de Juglart ; il a déterminé, avec beaucoup de soin, le domaine des obligations réelles et a minutieusement analysé leurs caractères et leurs effets ; sur la plupart des points qu'il étudie, on ne peut qu'accepter ses conclusions qui sont basées sur une étude approfondie de la jurisprudence ; nous nous contenterons donc de faire quelques observations, relatives surtout à la nature juridique de ces obligations, en fonction de la distinction des droits réels et des droits de créance, et à l'aide des conclusions auxquelles nous sommes arrivé sur cette distinction.

294. *a*) Tout d'abord, nous sommes d'accord avec Bonnecase et M. de Juglart pour considérer que *la notion d'obligation réelle doit être rejetée du domaine des droits réels de garantie* [55].

Il n'est pas exact, par exemple, de parler d'obligation *propter rem* pour le tiers détenteur d'un immeuble hypothéqué. Ce tiers n'est pas débiteur, il doit seulement respecter le droit du créancier hypothécaire. S'il doit solder d'une manière ou d'une autre le montant de l'hypothèque, c'est parce que la chose qu'il détient renferme une valeur économique qui appartient au créancier hypothécaire ; il peut garder la chose, mais il ne peut garder la valeur économique qui ne lui appartient pas. L'action hypothécaire qui est donnée contre lui ressemble à l'action en revendication donnée au propriétaire contre le détenteur de sa chose. Lorsqu'il paie le montant de l'hypothèque, il ne fait que restituer amiablement au créancier hypothécaire une valeur économique qui appartient à ce dernier, et dont il est détenteur, tout comme le propriétaire apparent qui restitue amiablement la chose qu'il détient au véritable propriétaire. Comme le fait remarquer Bonnecase, la prétendue obligation *propter rem*, que l'on prétend trouver ici, ne se distingue pas du droit réel de garantie dont elle ne constitue que l'envers ; elle n'est que ce droit considéré du côté du tiers détenteur.

295. *b*) En second lieu, *nous rejetons la conception des droits réels* in faciendo [56].

55. Bonnecase, *op. cit.*, p. 395 à 404, n°s 189 à 194. — De Juglart, *op. cit.*, p. 261-265.

56. Sur la critique de cette notion, voir : Bonnecase, *op. cit.*, p. 420, 436 ; — de Juglart, *op. cit.*, p. 207-219. — Max. Chauveau, *op. cit.*, n° 37 et s., p. 591 à 594. — Grosso, *loc. cit.* — Balbi, *op. cit.*, p. 37-38.

Remarquons, d'abord, que la distinction que fait M. Rigaud entre le *pati* et le *non facere* ou *abstinere*, et qui lui permet de trouver un intermédiaire juridique dans les droits réels démembrés de la propriété, n'est qu'une fausse subtilité. Le nu-propriétaire dans l'usufruit, le propriétaire du fonds servant dans la servitude, ne souffrent pas davantage que tout autre tiers de l'usufruit ou de la servitude. Certes, ils pourraient avoir l'exclusivité des droits qui sont reconnus à l'usufruitier ou au titulaire de la servitude, mais tout autre tiers pourrait aussi les avoir et prétendre de ce fait souffrir particulièrement de leur attribution à un autre. C'est parce qu'ils ne les ont pas qu'ils doivent tous au même titre les respecter, le propriétaire comme les autres, mais pas plus que les autres.

Mais, surtout, M. Rigaud ne nous a jamais démontré l'exactitude de cette « idée théorique suivant laquelle le droit réel peut donner droit à une prestation positive » et qui est à la base de sa conception des droits réels *in faciendo*. Même si M. Rigaud se ralliait sur ce point inconsciemment, comme on l'a dit [57], à la théorie personnaliste du droit réel, on ne comprendrait pas davantage sa solution, car il y a une différence considérable entre cette obligation positive qui constitue le droit réel *in faciendo* et l'obligation positive universelle qui, selon certains auteurs personnalistes, pourrait constituer un droit réel [58]. D'autre part, les exemples que M. Rigaud signale pour prouver qu'il existe des droits réels imposant à une personne une obligation positive ne sauraient être probants, puisqu'il s'agit justement de savoir si ces droits sont ou non des droits réels. La seule raison soutenable qu'il peut avancer pour prouver la réalité de ces droits est que « la chose y apparaît toujours au premier plan, à raison de l'indifférence de la personne, et parce qu'en définitive, c'est la chose qui place la personne en situation de faire, de ne pas faire ou de souffrir » [59]. En somme, il y a droit réel parce que l'obligation est rattachée à la possession d'une chose, à un droit réel.

Mais ce caractère accessoire de l'obligation ne saurait changer, selon nous, la nature du droit qu'elle constitue. Les modalités dont peut être affectée l'obligation, au point de vue de sa transmission, de son exécution, ou de son extinction, ne changent rien à la nature intrinsèque du droit accordé au créancier ; il y a toujours prestation due par une personne à une autre personne,

57. Cf., de Juglart, *op. cit.*, p. 208-210.
58. Cf., *Supra*, n° 223, en note.
59. *Op. cit.*, p. 426.

pouvoir du créancier d'exiger un service d'une autre personne [60] et non pouvoir de retirer certaines utilités d'une chose. Bien que la personne du débiteur soit désignée par la possession d'une chose et que l'obligation se transmette par la transmission de la chose, le pouvoir du titulaire du droit est toujours d'exiger une prestation d'une autre personne. Or, selon nous, c'est là la caractéristique essentielle, le critérium, du droit de créance. Chaque fois qu'une personne a le pouvoir d'exiger d'une autre un service déterminé, il y a droit de créance ; le droit réel, au contraire, n'accorde des pouvoirs que sur une chose dont il permet de retirer certaines utilités ; il ne peut consister en une prestation. Il se peut, certes, que le titulaire d'un droit réel sur la chose d'autrui puisse à la fois exercer certains pouvoirs d'utilisation sur la chose et exiger de son propriétaire certaines prestations. Cette situation se rencontre dans le cas prévu par l'article 698 du Code civil. Le titulaire de la servitude peut à la fois faire sur le fonds servant les actes d'utilisation que comporte l'exercice de la servitude et exiger du propriétaire de ce fonds la construction et l'entretien des ouvrages que nécessite la servitude. Mais il faudra alors distinguer avec soin deux sortes de droits : un droit réel sur la chose, et un droit de créance contre le propriétaire ; il y aura certaines relations entre ces droits au point de vue de leur transmission, de leur durée, ou de leur extinction ; il n'empêche que leur nature juridique sera différente.

296. c) *Les obligations* propter rem *doivent donc être rattachées au concept d'obligation et à la catégorie juridique des droits personnels ou droits de créance.* La seule particularité est que ces obligations seront soumises à des règles spéciales quant à leur transmission, ou leur exécution à cause de leur caractère accessoire. De ce fait, il sera possible de faire des droits correspondants une catégorie à part au sein des droits de créance et basée sur les caractères particuliers de l'obligation qu'ils imposent. Mais leur nature intrinsèque et fondamentale sera identique à celle de tout autre droit de créance. Le fondement de la distinction entre droit réel et droit de créance ne permet pas d'en faire une catégorie spéciale, intermédiaire entre les uns et les autres de ces droits.

Nous nous séparons ici de Bonnecase et de M. de Juglart ;

60. Voir, sur ce point, la définition du droit réel *in faciendo*, donnée par M. José Trullenque Sanjuan, *op. cit.*, p. 362, qui a de nouveau défendu ce concept qu'il trouve préférable à celui d'obligation *propter rem*, mais qui, dans son analyse, semble bien se ramener à celui-ci.

nous ne pensons pas, en effet, que la faculté d'abandon, ou « déguerpissement » [61], puisse changer la nature personnelle de ces droits. Ce déguerpissement n'est autre qu'une renonciation *in favorem* à un droit réel, aboutissant en fait à un transfert de ce droit [62]. L'extinction de l'obligation *propter rem* qui en résulte n'est que la conséquence du caractère accessoire de cette obligation, dont l'existence et la transmission sont liées à l'existence et à la transmission du droit réel.

En fait, c'est là le caractère essentiel des obligations *propter rem*. Ce sont des obligations accessoires à un droit réel. Elles se transmettent avec ce droit, et il est possible et utile, de ce fait, de les distinguer des autres obligations qui se transmettent aux héritiers du débiteur et non à ses ayants-cause à titre particulier. On pourra encore distinguer entre elles, selon que la transmission à l'ayant-cause entraînera l'extinction de l'obligation chez l'auteur (obligations *propter rem*) ou qu'elle la laissera subsister (obligations *scriptæ in rem*). Il n'en reste pas moins que, dans tous les cas, les droits auxquels ces obligations correspondront seront des droits d'exiger d'une personne l'exécution d'une prestation, c'est-à-dire des droits personnels.

C'est encore le caractère accessoire de ces obligations qui explique la réglementation stricte à laquelle elles sont soumises quant à leur source. Permettre, en effet, aux individus de créer librement des obligations transmissibles avec la possession d'une chose est dangereux du point de vue social et néfaste du point de vue économique. On risque, par ce biais, de retomber dans l'inféodation redoutée par le législateur de 1804 et de voir renaître les anciennes corvées féodales. Et même, si l'on admet que la

61. M. de Juglart préfère employer l'expression de « déguerpissement » afin de distinguer l'abandon relatif aux obligations réelles, du « délaissement » que peut effectuer le tiers détenteur d'un immeuble hypothéqué. Il définit le déguerpissement : « la renonciation à un droit réel principal, à l'occasion d'une obligation réelle qui le grève », *op. cit.*, p. 276.

62. Les auteurs qui, comme M. Martin de la Moutte (*L'acte juridique unilatéral. Essai sur sa notion et sa technique en droit civil*, thèse, Toulouse, 1949) mettent l'accent sur le caractère essentiellement unilatéral de la renonciation, ne contestent pas, en fait, le résultat translatif du déguerpissement, mais ils en expliquent d'une façon particulière le mécanisme de réalisation : la renonciation éteint le droit, elle ne le transmet pas ; c'est la loi qui fait une nouvelle attribution de ce droit (Martin de la Moutte, p. 104 et 242. — Comp., Breton, *Théorie générale de la renonciation aux droits réels. Le déguerpissement en droit civil français*, Rev. trim. dr. civ., 1928, p. 261 et s., n°s 64 et 65. — Sibiciano, *Théorie générale des renonciations en droit civil français*, thèse, Paris, 1932, p. 216. — Pierre Raynaud, *La renonciation à un droit*, Rev. trim. dr. civ., 1936, p. 771, note 2). Ainsi s'expliquerait que le déguerpissement produise ses effets sans avoir besoin d'être accepté par le propriétaire du fonds dominant (Req., 11 mai 1908 : D. 1908.1.365 ; S. 1914. 1.355. — Comp., pour une hypothèse de renonciation unilatérale au droit de propriété, Trib. civ. Seine, 25 février 1949 : D. 1949.J.325).

liberté individuelle n'est pas violée dans la mesure où l'acquéreur du bien a eu connaissance de l'obligation, il reste que l'existence de ces obligations porte atteinte à un principe économique des plus utiles : la libre circulation des biens. Aussi, on comprend que les auteurs du Code civil aient interdit aux particuliers de constituer librement de telles obligations (art. 686). Ils ne les ont édictées ou autorisées que pour régler certains rapports entre deux propriétaires voisins ou deux titulaires de droits réels sur une même chose.

297. *d*) Les discussions relatives aux obligations réelles que nous avons brièvement rappelées et les observations que nous venons de faire montrent que le Code civil range sous la dénomination de servitudes ou services fonciers un certain nombre de rapports de droits entre propriétaires voisins, qui constituent tantôt des droits réels, tantôt des droits de créance. Ces derniers sont formés par des obligations d'un caractère particulier que l'on nomme pour cela obligations *propter rem* ou obligations réelles [63]. *La distinction des droits de servitude et des obligations* propter rem *devra donc se faire en fonction de la distinction des droits réels et des droits de créance.* Chaque fois que le titulaire du droit pourra accomplir certains actes d'utilisation sur le fonds de son voisin, il y aura droit réel, c'est-à-dire servitude *stricto sensu ;* lorsque ce droit lui permettra d'exiger de son voisin certaines prestations, il y aura droit de créance, c'est-à-dire obligation *propter rem.*

Avec M. Ripert, on peut classer les rapports de voisinage en trois catégories : 1° le propriétaire est obligé d'accomplir un acte dans l'intérêt de son voisin ; 2° il est obligé de laisser son voisin accomplir un acte sur son fonds ; 3° il est obligé de ne pas faire lui-même certains actes sur son fonds. C'est dans la deuxième catégorie qu'il y aura servitude proprement dite, droit réel de servitude. Dans les deux autres, il y aura obligation *propter rem :* positive dans la première, obligation de faire ; négative dans la troisième, obligation de ne pas faire.

La seule difficulté qui pourra se poser est de savoir si tel droit, réel ou personnel, pourra ou non être constitué à titre de servi-

63. Le choix de l'une ou de l'autre expression importe peu si l'on est d'accord sur la notion qu'elle recouvre. Cependant, s'il nous fallait choisir, nos préférences iraient à l'expression classique d'obligation *propter rem ;* elle fait apparaître le caractère accessoire de l'obligation, qui est son caractère essentiel, tandis que l'on peut reprocher à l'expression d'obligation réelle « d'accoupler deux mots de sens contraire et constitutifs d'une antithèse », cf., Chauveau, *op. cit.*, n° 39, p. 593.

tude au sens large, c'est-à-dire à perpétuité et comme accessoire d'un droit réel. On doit, en effet, respecter la règle posée par l'article 686. Cette règle revêt un double aspect : 1) les services ne doivent pas être imposés à la personne ; 2) la servitude doit profiter au fonds et non à la personne [64].

Le premier aspect de la règle n'intéresse que les droits personnels de servitude, c'est-à-dire les obligations *propter rem*. C'est lui qui consacre l'interdiction faite aux particuliers de constituer librement de telles obligations. A cette interdiction, dont nous avons indiqué la raison, le Code a apporté une exception : au cas de constitution de droit réel de servitude, l'article 698 permet aux parties d'imposer au propriétaire du fonds servant l'obligation de faire les ouvrages nécessaires à l'usage et à la conservation de la servitude [65]. L'interprétation et l'application de ce premier aspect de la règle ont, cependant, donné lieu à des divergences que nous ne pouvons analyser ici. Certains auteurs, partisans d'une interprétation souple, ont proposé d'admettre la constitution d'obligations *propter rem* chaque fois que les services imposés au propriétaire ou au titulaire du droit réel auraient une « relation directe et immédiate avec l'usage et l'exploitation habituelle de la chose » [66] ; ou encore lorsque « la prestation du service ne peut être assurée que par le propriétaire et pourra l'être par tous les propriétaires » [67]. D'une façon générale, on peut dire que la jurisprudence s'est montrée assez stricte dans cette interprétation [68].

64. Sur l'interprétation de cet article, voir : Jouvent, *L'article 686 du Code civil. De la règle que les servitudes doivent bénéficier ou préjudicier au fonds et non à la personne*, thèse, Grenoble, 1935.

65. De même, on admet que la disposition de l'article 702 qui interdit au titulaire de la servitude de ne rien faire qui puisse aggraver la condition du fonds servant constitue une charge réelle. On décide, en conséquence, qu'au cas de violation de cette interdiction, l'obligation de remise en état est une obligation réelle se transmettant avec la servitude (Civ., 7 février 1949 : D. 1949.J.405, note Roger Lenoan. — Planiol, Ripert et Picard, n° 985. — Demolombe, *Traité des servitudes*, t. II, n° 895. — *Contra*, Aubry et Rau, 6e éd., t. III, par E. Bartin, § 254, texte et note 4, pour lesquels l'ayant-cause à titre particulier serait seulement tenu de laisser exécuter les travaux de remise en état) ; mais l'obligation de réparer les dégâts résultant de l'aggravation de la servitude est considérée comme une obligation ordinaire ne se transmettant pas au successeur à titre particulier (Planiol, Ripert et Picard, *loc. cit.* — Civ., 7 février 1949 précité. — *Contra :* Demolombe, *loc. cit.*).

66. Rigaud, *op. cit.*, p. 453.

67. Ripert et Boulanger, t. II, n° 3716.

68. Pour l'analyse de cette jurisprudence, voir, en particulier, de Juglart, *op. cit.*, p. 93 et s., et sur la question de la possibilité d'extension de la notion d'obligation réelle devant la doctrine et la jurisprudence, *id.*, p. 323 et s. Voir, également, Jouvent, *op. cit.*, p. 51 et s. — Kornprobst, *Etude sur la notion de servitude en droit privé français*, thèse, Strasbourg, 1936, not. p. 263 et s. Pour une manifestation à tendance libérale dans l'interprétation de l'art. 686, voir une décision récente, Trib. civ., Alençon, 8 février 1949 : D. 1949.J.615 ; Gaz. Pal. 1950.I, Som. 12.

Le second aspect de cette règle intéresse l'ensemble des servitudes. Ces servitudes doivent être constituées dans l'intérêt du fonds et non dans l'intérêt du propriétaire. Certes, en augmentant les utilités du fonds, la servitude augmente les utilités que peut obtenir le propriétaire, mais cet avantage doit être une conséquence de la propriété ; il faut que les utilités de la servitude trouvent leur cause dans la propriété du fonds ; autrement dit, il faut que la servitude ne puisse avoir d'utilité pour le propriétaire que s'il est propriétaire. L'application de cette seconde règle a encore donné lieu à de nombreuses difficultés [69]. Nous citerons uniquement le cas des droits de chasse et de pêche [70]. Pour nous, il ne fait aucun doute que ces droits seront toujours des droits réels, puisqu'ils permettent à leur titulaire d'accomplir sur un fonds de terre, un étang ou un cours d'eau, certains actes d'utilisation. Tout le monde admet qu'ils peuvent être constitués à titre de droit réel d'usage, donc pour une durée temporaire [71]. Et la jurisprudence admet la possibilité de les concéder sous forme de bail et pour une durée pouvant aller jusqu'à 99 ans [72]. La seule difficulté est de savoir s'ils peuvent aussi être constitués à titre de servitude, c'est-à-dire comme accessoires à la propriété d'un autre fonds et pour une durée en principe perpétuelle. La plupart des auteurs répondent négativement, car la chasse et la pêche leur apparaissent comme de « simples plaisirs personnels » [73]. Certains ont cependant soutenu la solution contraire en faisant remarquer qu'un immeuble, par sa nature, sa situation, sa destination, peut servir à la chasse d'une manière principale et exclusive, la chasse étant son mode normal d'exploitation [74].

La solution dépend, en somme, de l'interprétation stricte ou

69. Cf., Jouvent, *op. cit.* — Kornprobst, *op. cit.*, en particulier p. 218 et s. — De Juglart, *op. cit.*, p. 176 et s. — Planiol, Ripert et Picard, n° 945.

70. Voir, sur ces droits : Lecourtier, *Le droit de chasse*, thèse, Paris, 1935, not. p. 115 et s. — Jouvent, *op. cit.*, p. 127 et s. ; Kornprobst, p. 165-177 ; de Juglart, p. 182-189.

71. Outre les auteurs précités, voir, Planiol, Ripert et Picard, n°s 595, 883 et 948. — Aubry et Rau, 6e éd., t. III, § 247, p. 88, texte et notes, 5-6 ; Amiens, 13 août 1890, S. 91.2.248.

72. Civ., 10 juin 1893 : S. 93.1.185, note Esmein ; D. 93.1.161, note Planiol. — Cass., 12 janvier 1912 : S. 1912.1.417, note J.-A. Roux. — *Adde*, note Nast, D. 1925.1.85. — Mallet, *Du bail de chasse communale en Alsace-Lorraine*, thèse, Nancy, 1936.

73. Duranton, t. IV, 292, et t. V, 449. — Marcadé, sur art. 686, n°s 1 et 2. — Demante, *Cours*, t. II, 541 *bis*. — Demolombe, t. IX, 626, et t. XII, 686. — Huc, t. IV, n° 404. — Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n° 1074. — Aubry et Rau, *loc. cit.* — Planiol, Ripert et Picard, *loc. cit.*

74. Toullier, t. IV, n° 19. — Laurent, t. VII, n° 146 ; Kornprobst, *op. cit.*, p. 166. — Colin et Capitant, t. I, n° 817. — Josserand, t. I, n° 1970. — *Adde*, Beudant, Lerebours-Pigeonnière et Voirin, n° 587 *in fine*.

large que l'on donnera de l'article 686. Ici encore, on peut dire que la jurisprudence a fait une application assez stricte de cet article. Après avoir marqué quelques hésitations, la Cour de Cassation a refusé d'admettre la constitution d'un droit de chasse à titre de servitude [75]. L'arrêt de la Chambre des Requêtes du 16 mai 1933, qui a paru consacrer la solution contraire, ne tranche en réalité qu'une question de procédure ; le caractère de droit perpétuel, qu'il admet pour un droit de chasse, « avait été reconnu par une décision antérieure passée en force de chose jugée » [76].

En somme, la question de savoir si tel ou tel service pourra être constitué à titre de servitude, au sens large, c'est-à-dire à perpétuité et accessoirement à un droit réel, dépend de l'interprétation que l'on donne à l'article 686 ; mais le droit qu'acquiert le bénéficiaire de ce service sera tantôt un droit réel, tantôt un droit de créance. Il y aura droit réel lorsque le bénéficiaire aura le pouvoir d'accomplir certains actes d'utilisation sur le fonds servant ; il y aura droit de créance lorsqu'il aura le pouvoir d'exiger de son voisin certaines prestations.

§ 2

Les droits réels sur la chose d'autrui qu'il convient d'ajouter à la liste courante

298. Le critérium de distinction des droits réels et des droits de créance, auquel nous avons abouti, nous conduit à ajouter à la liste des droits réels, non seulement le droit du preneur sur la chose louée, mais encore le droit du commodataire sur la chose prêtée, le droit du possesseur sur la chose possédée [77], et plus généralement le droit de tous ceux qui exercent sur la chose d'autrui un pouvoir d'utilisation pour leur compte personnel.

75. Crim., 9 janvier 1891 ; D. 91.1.89 ; S. 91.1.489, avec le rapport du conseiller Sallantin et les conclusions de l'avocat général Reynaud ; 5 janvier 1907 : S. 1912.1.419 ; Req., 14 novembre 1932 : D.H. 1932.586 ; Gaz. Pal. 1933.1.419. Voir, pour l'analyse de l'évaluation jurisprudentielle, Jouvent, de Juglart, *loc. cit.*

76. Cass. req., 16 mai 1933 : D.H. 1933.345. — Cf., Jouvent, *op. cit.*, p. 148. — De Juglart, *op. cit.*, p. 187. — Un autre arrêt a admis l'existence d'un droit de pêche à titre de servitude ; cf., Aix, 20 décembre 1938 : J.C.P. 1939. II.1008.

77. Sur ces points, voir, Chauveau, *op. cit.*, nos 23 à 32.

A. — Le droit du commodataire

299. Dans le commodat ou prêt à usage, le commodataire se trouve dans une situation comparable à celle du locataire. Comme celui-ci, il obtient un certain pouvoir d'utilisation de la chose prêtée, pouvoir qui est reconnu et sanctionné par l'ordre juridique et qui constitue à ce titre un droit réel de jouissance sur la chose d'autrui. « Le prêt à usage ou commodat, dit l'article 1875 du Code civil, est un contrat par lequel l'une des parties livre une chose à l'autre pour s'en servir. » Le droit d'usage de la chose constitue donc l'élément essentiel du contrat : celui en vue duquel le contrat est conclu. Le contenu des pouvoirs d'usage accordés au commodataire est déterminé par l'accord des parties [78]. L'article 1880 se contente de dire que l'emprunteur « ne peut se servir de la chose prêtée que pour l'usage déterminé par sa nature ou par la convention ».

On a l'habitude de dire que le prêt à usage est un contrat réel [79], c'est-à-dire un contrat dont la formation suppose la remise de la chose. Cette observation est exacte en ce sens que la plupart des obligations qui résultent du contrat de prêt à usage, et notamment l'obligation de restitution, ne peuvent naître que si la chose a été remise à l'emprunteur. Mais la promesse de prêt reste parfaitement valable [80] ; elle oblige le prêteur à remettre la chose, et l'emprunteur pourrait, au besoin, intenter une action en délivrance pour exiger cette remise afin de pouvoir exercer son droit d'usage.

300. Le contrat de prêt à usage est un contrat gratuit. L'article 1786 du Code civil l'affirme de manière expresse : « Ce prêt est essentiellement gratuit. » C'est ce caractère que l'on met d'ordinaire en avant pour *distinguer le prêt à usage du louage* [81].

Dans une note récente, M. le Président Meurisse a prétendu que le commodat à titre onéreux ne devenait pas un louage [82]. Pour qu'il y ait louage, « il est encore nécessaire, dit-il, que le bailleur prenne l'obligation de faire jouir le preneur et que ce

78. V., L. Maguet, *Prêt à usage ou commodat*, J. Not., 1932, p. 57 et s., n° 7. — Planiol, Ripert et Savatier, t. XI, n° 1127.

79. Cf., Planiol, Ripert et Savatier, t. XI, n° 1130. — Bendant, Lerebours-Pigeonnière et Rodière, t. XII, n° 228.

80. Planiol, Ripert et Savatier, *loc. cit.* — Beudant, Lerebours-Pigeonnière et Rodière, *loc. cit.* — Ripert et Boulanger, t. II, n° 2891.

81. Cf., Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Du prêt*, 3e éd., n° 610. — Planiol, Ripert et Savatier, t. XI, n° 1127. — Beudant, Lerebours-Pigeonnière et Rodière, nos 227 et 230. — Ripert et Boulanger, t. II, n° 2890.

82. R. Meurisse, note au S. 1950.1.61, sous Com., 20 décembre 1949.

dernier, de son côté, s'engage à remplir les obligations qui sont prévues au titre du bail ». Cela lui permet d'expliquer la validité et la nature des conventions précaires d'occupation dont il fait en somme un commodat à titre onéreux. Ces conventions d'occupation se distingueraient du bail par le fait que le propriétaire ne serait pas tenu des obligations d'entretien et de garantie qui incombent au bailleur, et par le fait que l'occupant échapperait à certaines des obligations (obligation de garnir les lieux) qui pèsent sur le locataire [83]. L'intérêt pratique de ces conventions est qu'elles ne seraient pas soumises à la législation moderne sur les baux.

On ne peut cependant s'empêcher de remarquer que cette construction, qui tend à assimiler les conventions d'occupation à des commodats à titre onéreux, se heurte tout d'abord au texte formel de l'article 1876. D'autre part, on sait que la jurisprudence considère que l'obligation d'entretien n'est pas de l'essence du louage [84] ; quant à l'obligation de garantie qui résulte normalement de tout contrat à titre onéreux [85], elle peut être restreinte par la convention ; il est difficile dans ces conditions de faire de ces obligations le trait distinctif du contrat de louage. C'est pourquoi nous pensons que l'élément gratuit permet seul de distinguer le commodat du contrat de bail.

Et c'est également ce caractère gratuit qui explique certaines particularités du prêt à usage, et notamment la faculté reconnue au juge d'ordonner la restitution de la chose prêtée avant le terme convenu ou avant que le besoin de l'emprunteur ait cessé, s'il survient au prêteur un besoin pressant et imprévu de la chose (art. 1889).

B. — Le droit du possesseur

Ce titre suppose tranchée la vive controverse qui divise les auteurs sur la question de savoir si la possession est un fait ou un droit [86].

83. *Loc. cit.*, p. 62.

84. Civ., 28 mai 1945 : D. 1945.J.331 ; Gaz. Pal. 1945.2.25 ; S. 1945.1.111. — V., *Supra*, n° 102.

85. Cf., Larivière, *Essai d'une théorie générale de la garantie en matière de transfert de droit. De la garantie d'éviction en fonction de la responsabilité*, thèse, dactyl., Paris, 1944.

86. Sur l'origine de cette controverse, qui remonterait aux glossateurs et son histoire dans la suite, voir, Bruns, *Das Recht des Besitzes im Mittelalter und in der Gegenwart*, 1848, p. 252, 385-386, 414-416 (cité par Cornil, *Traité de la possession*, 1905, p. 4, note 1).

1° La possession peut constituer un droit

301. Les textes du Digeste contiennent les deux solutions [87] ; peut-être est-ce parce que la possession était essentiellement un fait pour les jurisconsultes romains classiques, tandis qu'elle tendait à devenir un droit pour les commissaires de Justinien [88]. Quoi qu'il en soit, les deux opinions ont encore de nos jours leurs partisans ; et si, à la suite d'Aubry et Rau et de Planiol, la tendance moderne est de considérer la possession comme un état de fait, la position adverse, pour laquelle la possession constitue parfois un droit propre et indépendant, a encore ses adeptes et a été, en particulier, brillamment défendue par M. le doyen Voirin [89].

La jurisprudence n'est ici d'aucun secours. Si, en général, elle ne s'est pas prononcée sur la question [90], c'est que la discussion revêt un aspect purement spéculatif et n'a guère de portée pratique. Quel que soit, en effet, le parti que l'on prenne, on pourra toujours expliquer les effets que l'on reconnaîtra à la possession en les considérant soit comme des conséquences juridiques attachées par la loi au fait de possession, soit comme des manifestations du droit de possession. Du point de vue pratique, donc, il importe peu que la possession soit un fait ou un droit, si, par ailleurs, on est d'accord sur ses conséquences juridiques. Mais, parce que nous pensons que l'exactitude et la précision des concepts juridiques ne sont jamais inutiles, nous donnerons notre avis sur cette controverse, ce qui nous permettra de faire application des critériums que nous avons adoptés, pour le droit subjectif d'une part, et pour le droit réel d'autre part.

87. Possession considérée comme simple fait : fragments, 19, D. *Ex quibus causis*, IV, 6, 1, § 3, 3, 5, 29, D. *de adquir. vel amitt. poss.*, XLI, 2 ; 12, § 2, D. *de captivis*, XLIX, 15. Possession considérée comme un droit : fragments 36 et 39 pr. et § 1, D. *de adquir. vel. amitt. poss.*, XLI, 2 ; 2 et 3 pr., D. *Utti possid.*, XLIII, 17, 15, § 4, D. *De precario*, XLIII, 26.

88. Dans ce sens, Rotondi, *Scritti giuridici*, III, Studi varii di diritto romano ed attuali, Milan, 1922.

89. Beudant, Lerebours-Pigeonnière et Voirin, t. IV, n°s 69 et 686. Sur cette question, voir : dans le sens de la *possession-droit*, Toullier, XI, n°s 338 *bis*, I, et 341 *bis*, III. — Molitor, *La possession en droit romain*, n° 7 et s. — Ch. Appleton, *De la possession et des actions possessoires*, 1871, § 20-25. — Belime, *op. cit.*, n° 12 et s. — Cornil, *op. cit.*, p. 6 et s. — Van Bemmelen, *Notions fondamentales*, p. 233. — Ihering, *Esprit du droit romain*, IV, p. 349 et s. ; *Œuvres choisies*, II, p. 234 et s. ; *Etudes complémentaires sur le droit romain*, p. 342 et s., 361. — Rigaud, *op. cit.*, p. 321. — Hauriou, *Principes de droit public*, p. 649. — Gény, *Science et Technique*, IV, p. 185. — Chauveau, *op. cit.*, n° 31. — Dans le sens de la *possession-fait juridique*, Aubry et Rau, t. II, 6e éd., par Bartin, p. 109 ; Planiol, Ripert et Picard, n° 143 et s. ; Ripert et Boulanger, t. I, n° 2760, et note 1 ; Saint-Alary, thèse, citée, p. 367.

90. Voir, cependant, Cass., 28 décembre 1826, S. chr.

302. On a discuté sur l'étymologie du mot possession. Certains le font dériver du verbe *sedere* et ils y voient l'idée de situation établie de rapport extérieur [91] ; d'autres y voient surtout un dérivé du verbe *posse* avec l'idée de pouvoir et de puissance [92]. Relativement à une chose, et dans son sens le plus large, on peut dire que posséder, c'est conserver une chose à sa disposition pour pouvoir exercer sur elle les autres facultés d'utilisation [93].

Ainsi comprise, la possession fait partie du contenu du droit de propriété, et, plus généralement, du contenu de tout droit réel permettant à son titulaire d'accomplir sur la chose certains actes matériels d'utilisation [94]. Le pouvoir de posséder fait partie des pouvoirs reconnus au propriétaire au même titre que le pouvoir d'user ou de jouir de la chose ; bien plus, il est impossible au propriétaire d'user ou de jouir matériellement de la chose s'il ne la possède pas. On peut donc dire que le propriétaire a le droit de posséder, tout comme il a le droit d'user, de jouir et de disposer. Mais, ainsi envisagé, ce droit de posséder ne constitue pas un droit propre et indépendant ; il n'est qu'un des éléments du droit de propriété ou d'un autre droit réel.

La possession envisagée, dans son sens physique et matériel, peut aussi être exercée par une personne qui n'a et ne prétend avoir sur la chose aucun droit. Sa possession est alors un pur fait, un simple état de fait, de même que les pouvoirs qu'elle exerce sur la chose ne sont que des pouvoirs de fait.

303. Mais ce fait naturel qu'est la possession, lorsqu'il s'accompagne de l'intention d'exercer un droit sur la chose, devient un fait juridique ; il est pris en considération par le droit [95]. Et, tantôt, le législateur lui fait produire certains effets juridiques : il en fait soit un mode de preuve, soit un mode d'acquisition de la propriété ou des autres droits réels ; tantôt, au contraire, il en fait une institution indépendante : le possesseur, comme tel, est alors protégé contre toute atteinte à sa possession, par cela seul qu'il possède, et sans qu'il ait à justifier d'un droit quelconque ; il est fondé à se prévaloir de sa possession jusqu'à ce qu'il se rencontre quelqu'un qui l'en déloge par la preuve d'un droit

91. Cornil, *op. cit.*, p. 1 et 2.
92. Bélime, *op. cit.*, n° 4.
93. Sur les divers sens du mot possession, voir, R. Savatier, t. I, n° 628 et s. — Voir, également, Mario Ricco Barberis, *Possesso*, Archivio giuridico « Filippo Serafini », 1949, vol. CXXXVI, p. 119 et s.
94. Cf., Michele Giorgianni, *Contributo alla teoria dei diritti di godimento su cosa altrui*, Milan, éd. Giuffri, 1940, n° 53.
95. Cf., Ferradou, *Du rôle de la possession en droit privé français*, thèse, Bordeaux, 1928.

sur la chose [96]. Dans ce dernier cas, la possession constitue un droit ; le fait de possession étant protégé et garanti par le législateur devient un droit. Le droit subjectif s'analyse essentiellement, avons-nous vu, en un pouvoir reconnu par le législateur à un individu. Selon une distinction utilisée par Ihering et chère aux publicistes, il y a dans tout droit deux éléments : un élément matériel ou substantiel, le pouvoir d'agir de l'individu ; et un élément formel, la protection légale ou juridique de ce pouvoir. Or, ces deux éléments se retrouvent lorsque la possession est protégée comme telle. La possession est le pouvoir de conserver une chose à sa disposition ; la protection juridique de ce pouvoir en fait un droit. C'est une question de politique juridique que de savoir dans quels cas et sous quelles conditions la possession doit être protégée, mais, chaque fois qu'elle le sera, on pourra parler d'un droit de possession.

Il est inutile d'étudier ici les cas et les conditions de la protection possessoire tels qu'ils résultent de notre législation. Remarquons simplement que cette protection possessoire n'existe pas en matière mobilière. En cette matière, la possession se trouve confondue avec le droit de propriété ou le droit réel que prétend exercer le possesseur. L'article 2279 en fait à la fois un mode de preuve et un titre d'acquisition du droit prétendu ; mais la possession des meubles n'engendre pas un droit distinct du droit que prétend exercer le possesseur. Si celui-ci peut invoquer l'article 2279, sa possession ne sera qu'un élément du droit qu'il a sur la chose ; si, au contraire, ne réunissant pas les conditions de cet article, il est privé de tout droit, sa possession est un pur fait et n'a pas de valeur juridique [97]. En revanche, le possesseur d'immeuble peut puiser dans la possession un droit propre, distinct du droit de propriété. Lorsque sa possession s'est prolongée pendant un an, il obtient un véritable droit de possession, puisqu'il peut, grâce aux actions possessoires, se faire maintenir en possession, au moins provisoirement, et reprendre, sous certaines conditions, la possession qu'il a perdue (art. 2243). Ce dernier fait est particulièrement symptomatique de l'existence du droit de possession, puisque nous voyons ce droit survivre à la situation de fait — la possession matérielle de la chose — qui lui a donné naissance et qui a disparu [98].

96. Cf., Ihering, *Possession, théorie simplifiée,* dans les *œuvres choisies,* t. II, p. 221-228, trad. par de Meulenaere.
97. Cf., Beudant, Lerebours-Pigeonnière et Voirin, n° 685.
98. Cf., *id.*, n° 686.

304. Aubry et Rau ont repoussé cette conception. Pour eux, la protection possessoire ne fait pas de la possession un droit *sui generis*, car, « ce que la loi protège et garantit, c'est bien moins la possession elle-même que le droit probable de propriété ou de servitude dont celle-ci fait supposer l'existence » [99].

Aubry et Rau confondent, selon nous, le fondement de la protection possessoire avec son résultat. L'existence de la protection possessoire peut, en effet, trouver son fondement dans une présomption de propriété au profit du possesseur ; mais, même en admettant que le but recherché soit la protection de la propriété, le moyen utilisé est la protection de la possession, et le résultat immédiat est la garantie de la situation du possesseur qui obtient un droit au maintien et à la conservation provisoire de sa possession, indépendamment de la preuve de tout autre droit. En fait, ce que la loi protège, c'est bien la possession, et cette protection donne au possesseur un véritable droit de possession.

A la suite de Planiol, MM. Ripert et Boulanger considèrent également la possession comme un pur fait. « La possession, écrivent-ils, est un fait, comme la vie humaine ; il n'y a de juridiques que les moyens employés par la loi pour protéger ce fait ou le détruire. » [100]. Cette remarque est, sans doute, inspirée par la conception personnaliste et obligationnelle du droit réel. Nous savons que, pour Planiol, le rapport direct de l'homme et de la chose qui caractérise le droit réel est un simple fait ; il n'y a de juridiques que les rapports de droit existant entre les hommes et qui ont pour objet la protection de ce fait. C'est là la base de l'explication personnaliste des droits réels qu'à la suite de M. Rigaud nous avons écartés ; ce dernier a d'ailleurs montré l'importance juridique du rapport direct de l'homme avec la chose qui constitue le contenu interne des droits réels [101]. Le pouvoir de conserver une chose à sa disposition, de la posséder est un simple fait, tout comme le pouvoir d'utiliser ou de disposer de cette chose ; mais, lorsque ce pouvoir est protégé, il constitue un droit. « Tous les droits subjectifs, écrit M. Gény, sont issus de certains faits, auxquels le droit objectif reconnaît la vertu de mettre en œuvre la contrainte sociale. » [102].

99. Aubry et Rau, t. II, 6e éd., par Bartin, p. 109.
100. Ripert et Boulanger, t. I, n° 2760, texte et note.
101. Rigaud, *op. cit.*, p. 323 et s.
102. Gény, *Les bases fondamentales du droit civil en face des théories de L. Duguit*, Rev. trim., 1922, p. 804. « Qu'il y ait un véritable droit (*jus possessionis*) à la base de la protection possessoire, ajoute-t-il, c'est ce que nul civiliste ne contestera plus aujourd'hui » ; comp., *Science et technique*, t. IV, p. 185. — Voir, *contra*, Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, 3e éd., t. I, p. 252 et s. ; *adde*, Vizioz, *Observations sur l'étude de la procédure*, Revue générale, 1930, p. 90-91.

En résumé, on peut donc dire que la possession, en elle-même et originairement, est un simple fait. Mais ce fait, dans certains cas et sous certaines conditions, produit certains effets juridiques. D'autre part, ce fait est parfois protégé comme tel ; il devient alors un droit, et l'on peut en ce sens parler d'un droit de possession.

2° La nature du droit de possession

Quelle est alors la nature de ce droit de possession ? Dans quelle catégorie de droit faut-il le ranger ?

305. Certains auteurs, tout en reconnaissant qu'il existe un droit de possession, ou tout au moins que le fait de possession peut donner naissance à un droit de possession, se refusent à classer ce droit parmi les droits réels [103]. Ils se fondent en général sur deux raisons : d'une part, ils remarquent que ce droit ne rentre pas dans l'énumération des droits réels que donne le Code civil (art. 543) ; d'autre part, ils invoquent le caractère particulier des actions possessoires qui n'auraient aucun rapport avec l'action correspondant à un droit réel.

Nous savons ce qu'il faut penser de la première raison ; le Code civil ne contient pas de liste limitative des droits réels. Quant à la seconde, elle ne nous paraît pas convaincante. Nous ne voyons pas pourquoi les caractères particuliers des actions possessoires, leur prescription annale notamment, changeraient la nature du droit qu'elles sanctionnent. Cette nature dépend de la nature et de l'objet des pouvoirs accordés au titulaire du droit et non de la façon dont ce pouvoir est protégé ou garanti. Nous savons que le critérium de classification des droits doit être recherché dans le contenu interne de ces droits, c'est-à-dire les pouvoirs accordés au titulaire, et non dans leur contenu externe, dans la façon dont ils sont protégés à l'égard des tiers. Or, on ne trouve dans le droit de possession aucun des éléments caractéristiques du droit personnel. Il ne s'agit ni d'un droit contre une personne déterminée, ni d'un droit d'exiger une prestation. La possession est exclusive de toute idée d'obligation ou de créance ; tout au moins, on n'y trouve que l'obligation passive universelle de respecter le droit du possesseur qui est commune à tous les droits.

103. Cf., Modon, *op. cit.*, n° 39 et s. et les auteurs cités. Comp., Baudry-Lacantinerie et Tissier, *De la prescription*, n° 203.

306. Aussi, certains auteurs ont-ils tourné la difficulté en plaçant le droit du possesseur en dehors de la classification des droits réels et personnels [104]. Ce droit serait une garantie donnée, dans un intérêt d'ordre public, à toute personne qui possède afin qu'elle soit mise à l'abri des violences des autres. Il serait une « émanation du droit de liberté et de défense personnelle ».

Ici encore, l'on commet une confusion entre le fondement de la protection possessoire et son résultat. Il est possible de justifier cette protection par une idée de défense de l'ordre public ou de la liberté individuelle, mais le moyen utilisé et le résultat immédiat sont la création d'un droit de possession.

307. Pour nous, ce droit de possession est incontestablement un *droit réel*. Il s'agit d'un pouvoir accordé à un individu sur une chose ; pouvoir consistant essentiellement dans la faculté de détenir ou conserver une chose sous sa nomination. « Le caractère réel du droit n'est guère contestable, écrit le doyen Chauveau. Le possesseur se comporte, en fait, comme le propriétaire ou le titulaire d'une servitude. La possession est la manifestation extérieure, matérielle, concrète de la propriété ou de la servitude. Le possesseur a pouvoir sur la chose comme le propriétaire, un pouvoir direct d'utilisation. » [105].

C. — Le droit de jouissance sur la chose d'autrui

308. La solution à laquelle nous avons abouti en ce qui concerne le droit du locataire, du commodataire ou du possesseur, peut et doit être généralisée et étendue à tous les droits qui accordent à leur titulaire l'utilisation ou la jouissance de la chose d'autrui.

Analysant ce qu'il appelle « le phénomène de la jouissance de la chose d'autrui », M. Giorgianni, dont les idées paraissent avoir eu une forte influence en Italie, en a parfaitement mis en relief l'aspect unitaire [106]. Il a montré que, du point de vue du contenu interne, il n'y avait aucune différence à faire entre les droits que la doctrine traditionnelle distinguait sous la dénomination de

104. Muhlenbruch, *Doctrin. pandect.*, t. I, n° 79. — Hubérus, *Digress. Justin*, lib. IV, c. 10, § 4 ; cités par Bélime, *op. cit.*, p. 18, en note.
105. Chauveau, *op. cit.*, n° 31, p. 584.
106. Michele Giorgianni, *Contributo alla teoria dei diritti di godimento su cosa altrui*, Milan, 1940. — Comp., Ugo Natoli, *Il conflitto dei diritti e l'art. 1.380 del codice civile*, Milan, 1950, p. 63 à 106.

droits réels de jouissance et droits personnels de jouissance [107]. Dans tous les cas, le droit de jouissance de la chose d'autrui apparaît comme un pouvoir sur la chose [108] ; et M. Giorgianni a souligné avec raison la fonction primordiale de ce pouvoir pour la réalisation de l'intérêt recherché par le titulaire du droit [109].

Analysant plus spécialement les prétendus droits personnels de jouissance, M. Giorgianni a montré qu'il était impossible de les ramener à la catégorie des droits de créance, car ils en différaient profondément par leur contenu [110]. Mais il refuse également de les rattacher à la catégorie des droits réels. Pour lui, en effet, le droit réel se caractérise essentiellement par ce qu'il appelle « l'inerenza alla cosa » et que nous appelons le droit de suite, par la possibilité d'opposer ce droit à un tiers quelconque [111]. Et M. Natoli, qui sur ce point reprend fidèlement l'opinion de M. Giorgianni, écrivait tout récemment : « L'élément sur lequel il est possible de fonder la différence entre droits réels et droits personnels de jouissance est « l'inerenza al bene », qui est typiquement propre aux droits réels et ne l'est pas, au contraire, aux droits personnels de jouissance. » [112].

Mais ce que ces auteurs n'établissent pas, c'est pourquoi le droit de suite, l'efficacité du droit à l'égard des tiers, serait caractéristique du droit réel. Nous croyons, au contraire, avoir montré que la mesure de l'opposabilité du droit aux tiers n'est pas un critère efficace des droits réels et des droits de créance ; la base de la distinction entre ces droits se trouve uniquement dans la structure interne du droit, dans son contenu interne.

Aussi nous estimons que, du point de vue de la distinction des droits réels et des droits de créance, il n'y a pas de différence à faire entre de prétendus droits réels et droits personnels de jouissance. Ils ont tous une structure interne, un contenu interne de même nature ; tous les droits de jouissance de la chose d'autrui, c'est-à-dire tous les droits qui accordent à leur titulaire un pou-

107. Giorgianni, *op. cit.*, n°s 23 et 24, p. 103 et s. — Natoli, *op. cit.*, n° 30.
108. Giorgianni, *op. cit.*, n° 47, p. 187 et s.
109. *Op. cit.*, n° 51, p. 208 et s.
110. V., *op. cit.*, n°s 25 à 31, p. 109 et s.
111. *Op. cit.*, n° 39.
112. Natoli, *op. cit.*, n° 31, p. 86. — M. Barbero qui avait, dans un de ses écrits, affirmé le caractère réel du droit du preneur et du commodataire (cf., Barbero, *Il diritto soggetivo*, in Foro italiano, 1939, IV, col. 61, note 85) a estimé récemment que son affirmation avait été excessive et il a déclaré qu'il n'était pas possible de ramener les droits personnels de jouissance à la catégorie des droits réels pour « des raisons relatives à l'efficacité du droit à l'égard des tiers » ; et comme il refuse également de les comprendre parmi les droits de créance, il en fait une catégorie à part entre droits réels et droits personnels (cf., Barbero, *Sistema istituzionale del diritto privato*, 2e éd., 1949, t. I, n°s 122 et 123 ; t. II, n° 302 et s.).

voir propre d'utilisation ou de jouissance sur une chose dont un autre a la propriété, sont des droits réels.

309. Mais, pour qu'il y ait droit réel sur la chose d'autrui, encore faut-il que les pouvoirs d'utilisation ou de jouissance soient exercés par leur bénéficiaire à titre personnel et non pour le compte d'autrui.

Le *mandataire* ou l'*administrateur* des biens d'autrui exerce des pouvoirs directs d'utilisation matérielle ou juridique de la chose d'autrui ; et, dans la mesure où ils ont le droit de représenter ou d'administrer, ils ont le droit d'exercer ces pouvoirs. Mais leur droit ne consiste pas dans le pouvoir d'utiliser la chose, mais dans le pouvoir d'agir pour le compte d'autrui ; les pouvoirs d'usage ou de jouissance ne sont que des éléments du droit d'autrui, qui sont exercés par le mandataire ou l'administrateur à la place et pour le compte de leur véritable titulaire.

De même, le *dépositaire* ou le *séquestre* exercent sur la chose déposée une certaine emprise ; mais ils n'exercent pas cette emprise pour en retirer directement un avantage personnel. Même lorsque le dépositaire est autorisé à se servir de la chose déposée, c'est toujours avec la permission expresse ou présumée du déposant (art. 1930). Ce pouvoir d'usage n'est donc pas un droit, c'est une simple tolérance, une faculté, qui peut lui être retirée à tout instant. Sinon, il n'y aurait pas à proprement parler dépôt, mais prêt à usage ou location, selon le caractère gratuit ou onéreux du contrat.

310. L'évolution progressive des effets de l'*absence* fournit un exemple intéressant de passage du droit d'administration de la chose d'autrui au droit de jouissance sur la chose d'autrui, et elle met ainsi en relief la différence qui existe entre ces deux sortes de droits.

Durant la période de présomption d'absence, le tribunal, saisi à la demande des « parties intéressées », peut en « cas de nécessité » prendre toute mesure utile pour pourvoir à l'administration des biens de l'absent (art. 112 du C. civ.) ; il peut notamment nommer un curateur pour représenter l'absent et lui donner des pouvoirs plus ou moins larges d'administration ou de jouissance [113]. Ce curateur n'a évidemment aucun droit propre de jouissance ; il a un simple pouvoir d'administration ; il gère les

113. V., Planiol, Ripert et Savatier, t. I, n° 56. — Ripert et Boulanger, t. I, n° 478. — Colin, Capitant et Julliot de la Morandière, t. III, n° 2011.

biens et exerce les droits de l'absent pour le compte et dans l'intérêt de celui-ci.

Avec la période de l'absence déclarée, la situation change ; l'envoyé en possession n'a pas seulement le droit d'administrer les biens de l'absent, il a également un droit propre de jouissance sur ces biens. Certes, l'article 125 du Code civil déclare que la possession provisoire n'est qu'un dépôt, qui rend ceux qui l'obtiennent comptables envers l'absent au cas où il reparaît ; mais ce texte n'envisage que « l'administration des biens de l'absent » ; il n'empêche pas l'envoyé en possession provisoire de bénéficier d'un droit propre de jouissance que consacre l'article 127, puisqu'il lui est permis de conserver les quatre cinquièmes des revenus si l'absent reparaît avant quinze ans, et les neuf dixièmes s'il ne reparaît qu'après quinze ans.

Après l'envoi en possession définitif, l'envoyé en possession bénéficie de pouvoirs propres encore plus étendus sur les biens de l'absent ; non seulement son droit de jouissance lui permet alors de s'approprier la totalité des revenus (art. 127, al. 2), mais il peut encore disposer librement des biens, l'absent ne pouvant réclamer, s'il reparaît, que les biens existants en l'état où ils se trouvent alors, le prix de ceux qui auraient été aliénés, ou les biens provenant de l'emploi qui en aurait été fait (art. 132).

311. Le Code civil règlemente encore un certain nombre de droits que l'on considère généralement comme des variétés d'usufruits et que l'on peut grouper dans la catégorie des droits de jouissance sur la chose d'autrui, dans la mesure où ils accordent à leurs titulaires un droit privatif sur des choses dont un autre a la propriété.

C'est tout d'abord le *droit de jouissance légale des père et mère* sur les biens de leurs enfants (art. 384). On le représente comme une variété d'usufruit, comme un usufruit soumis à des règles particulières provenant de son origine et de son but [114]. Ce droit de jouissance comporte, en effet, la charge de subvenir aux besoins de l'enfant (art. 385). C'est dans une certaine mesure un droit-fonction, conséquence et attribut de la puissance paternelle, et accordé dans l'intérêt de l'enfant plutôt que pour le profit personnel des parents [115] ; ce caractère explique que ce

114. Cf., Planiol, Ripert et Savatier, t. I, n° 351. — Comp., Colin, Capitant et Julliot de la Morandière, t. I, n° 710. — Ripert et Boulanger, t. I, n° 1941. — Beudant, Lerebours-Pigeonnière et Breton, t. III *bis*, n° 1445. Cass. civ., 27 janvier 1904 : D.P. 1904.1.521.

115. Voir, cependant, Beudant, Lerebours-Pigeonnière et Breton, t. III *bis*, n°s 1442 et 1444.

droit ne puisse être ni cédé, ni saisi. Mais, techniquement, ce droit se présente comme un droit de jouissance des parents sur les biens de leurs enfants ; droit de jouissance concédé, si l'on veut, à titre onéreux [116], et dont les revenus sont en quelque sorte affectés par priorité à l'entretien de l'enfant, mais qui, dans une certaine mesure, n'en constituent pas moins un avantage personnel pour son titulaire [117].

L'affectation des revenus et le caractère « fonction » du droit sont encore plus marqués avec le *droit de jouissance du mari sur les biens dotaux de la femme* (art. 1549, al. 2). Ce droit est accordé au mari dans l'intérêt de la famille et pour subvenir aux charges du ménage, *ad sustinenda matrimonii onera* [118]. Cette affectation explique que ce droit ne puisse être ni cédé, ni saisi [119] ; et l'on sait que la jurisprudence a étendu l'inaliénabilité dotale aux revenus de la dot dans la mesure où ils sont nécessaires aux besoins du ménage ; les créanciers du mari ne peuvent saisir que la partie des revenus qui dépasse ces besoins [120]. Le mari pourrait donc apparaître dans l'exercice de son droit de jouissance sur les biens dotaux comme une sorte de représentant de la communauté supérieure d'intérêt que constitue la famille. Mais, sur le plan technique, ce droit de jouissance demeure un droit sur des biens dont un autre a la propriété ; le mari est titulaire, sur les biens dotaux qui restent la propriété de la femme, d'un droit de jouissance qui, tout en étant affecté par priorité aux besoins de la famille, constitue cependant pour lui un droit propre, puisque la part des revenus qui excéderont les besoins du ménage resteront sa propriété et pourront être saisis par ses créanciers personnels, à l'exclusion des créanciers de la femme.

La situation est différente avec le *droit de jouissance de la communauté* sur les biens propres des époux. On parle souvent d'usufruit pour qualifier ce droit. Mais on a pu, avec raison, contester la légitimité d'une telle assimilation, car on ne trouve pas ici de personne juridique à laquelle on puisse attribuer ce

116. Ripert et Boulanger, t. I, n° 1945.
117. Cf., Beudant, Lerebours-Pigeonnière et Breton, *loc. cit.*
118. Cf., Beudant, Lerebours-Pigeonnière et Raynaud, t. X *bis*, n° 1094. — Aubry et Rau, t. VIII, 6e éd., par P. Esmein, § 535, p. 460. — P. Raynaud, *La nature juridique de la dot, Essai de contribution à la théorie générale du patrimoine*, thèse, Toulouse, 1934, p. 153 et s.
119. V., Pierre Raynaud, thèse, citée, p. 125 et s.
120. Cass., 24 août 1856 : S. 1857.1.913. — 17 mars 1856 : D. 1856.1.130 ; S. 1856.1.515. — 27 avril 1880 : D. 1880.1.431 ; S. 1880.1.360. — 12 mars 1902 : D. 1902.1.191 ; S. 1907.1.492. — 22 juin 1926 : D. 1927.1.38 ; S. 1926.1.343.

droit [121]. La personnalité morale n'étant pas dans notre droit indiscutablement reconnue à la communauté, M. Lenoan a pu écrire : « La communauté n'est pas autre chose que les deux époux envisagés en commun ; donc, l'usufruitier, ce sont les deux époux, et l'on n'est plus alors dans le cas d'un *jus in re aliena*. » [122]. Sans doute, dans la mesure où le patrimoine commun constitue une masse distincte des patrimoines propres des époux, la jouissance de la communauté ressemble bien à un droit sur la chose d'autrui, mais le sujet de droit, support indispensable à l'existence du droit, fait ici défaut ; c'est pourquoi on a pu dire, tout en constatant l'absence de termes techniques précis pour rendre compte de la situation, qu'il n'y avait pas répartition entre deux titulaires différents d'un droit privatif, mais simplement « modification de la condition juridique des biens » [123].

312. On se trouve également en présence d'un droit de jouissance sur la chose d'autrui avec l'*antichrèse*. Le créancier antichrésiste obtient le droit à la jouissance de l'immeuble dont il est nanti à charge de compenser les bénéfices qu'il retirera de cette jouissance, avec les intérêts et éventuellement le capital qui lui sont dus (art. 2085 et 2089, C. civ.). Mais les droits de l'antichrésiste sur l'immeuble nanti présentent en outre la caractéristique d'être des droits accessoires à un droit de créance, des droits de garantie, qu'il nous faut maintenant examiner.

121. V., Planiol, Ripert et Nast, t. VIII, n° 258, p. 304, note 3. — Beudant, Lerebours-Pigeonnière et Lenoan, t. X, n° 313. — Colin, Capitant et Julliot de la Morandière, t. III, n° 197. — Ripert et Boulanger, t. III, n° 271.
122. Beudant, Lerebours-Pigeonnière et Lenoan, *loc. cit.*
123. Ripert et Boulanger, t. III, n° 271.

CHAPITRE III

Les droits réels de garantie

313. Nous avons déjà indiqué le caractère commun à ces droits. Ce sont des droits accessoires à un droit de créance, et ils ont pour but de garantir le créancier contre les risques d'inexécution. Ils font partie de ce que l'on appelle, dans la théorie dualiste de l'obligation : le « rapport de responsabilité ». Les partisans de cette théorie [1] ne sont pas tous d'accord sur le contenu de ce rapport, mais ils s'entendent pour y ranger les droits qui ont pour but exclusif le « dédommagement du créancier au cas d'inexécution de la dette » [2] ; à savoir le cautionnement, le nantissement (gage et antichrèse), les hypothèques et les privilèges ; ils y ajoutent le droit de rétention, bien qu'il constitue un moyen de coercition pour assurer l'exécution plutôt qu'un procédé de dédommagement pour compenser l'inexécution.

Il serait donc possible de classer ces droits sous une étiquette commune, par exemple « droits de garantie », dont le critérium serait leur caractère accessoire et leur fonction de protection [3]. Mais cette catégorie ne saurait entrer dans le cadre de la distinction des droits réels et personnels ; de ce point de vue, il faut bien reconnaître que ces droits de garantie peuvent se rattacher aux uns ou aux autres ; un droit de créance peut être garanti soit par un droit réel, soit par un droit personnel. Le cautionnement personnel par lequel un tiers s'engage à payer le créancier, si le débiteur ne s'exécute pas, est à l'évidence un droit personnel : c'est un droit de créance accessoire et garantie d'un autre

1. V., *Supra*, n° 253.
2. Cf., Pelet, *op. cit.*, p. 292.
3. En faveur d'une catégorisation semblable, voir, Isay (Dr Herman), *Schuldverhältnis und Haftungsverhältnis im heutigen Recht*, Jherings-Jahrbücher, vol. 48, 1904, p. 186-208. Pour Isay, l'introduction des droits de Responsabilité objective (hypothèque, gage, droit de rétention) parmi les droits réel a troublé cette notion. Pour revenir à une notion claire de la réalité, il propose de grouper ces droits dans une notion générale de Responsabilité, et de les distinguer des droits réels d'usage (Sachnutzung), seuls à considérer comme véritables droits réels (*op. cit.*, p. 196). Voir la critique de cette conception chez Siber (Dr Heinrich), *Zur Theorien von Schuld und Haftung nach Reichsrecht*, Jherings-Jahrbücher, vol. 50, 1906, p. 165 et s.

droit de créance. En revanche, peu d'auteurs ont nié le caractère réel du gage et de l'hypothèque. Le groupement de ces droits de garantie dans une catégorie unique d'après leur but n'empêche donc pas leur distinction d'après leur nature, en fonction des pouvoirs qu'ils accordent au créancier et de l'objet de ces pouvoirs.

Quels sont, parmi les droits qui garantissent le créancier, ceux qui constituent des droits réels ? Telle est la question qu'il convient de résoudre.

314. Si l'accord semble réalisé pour certains d'entre eux, pour d'autres les discussions subsistent. Les divergences se sont surtout manifestées à propos des *privilèges*.

Il est inutile de faire ici l'analyse des diverses conceptions qui ont été élaborées. Bonnecase a consacré à ce travail une partie importante du tome V de son Supplément au Traité de Baudry-Lacantinerie, et l'on y trouvera, avec l'exposé de ces conceptions, de larges extraits de la littérature juridique relative à cette question [4]. Il suffira de rappeler les solutions proposées.

Sur la conception même du problème, deux tendances s'affrontent. Les uns considèrent que le privilège correspond à une notion unique et qu'il a toujours la même nature juridique, quels que soient son objet et son origine. Les autres, au contraire, sans se préoccuper de dégager une notion générale du privilège, examinent, à propos de chaque privilège ou de chaque catégorie de privilèges que connaît le Code civil, s'il y a ou non droit réel, et ils aboutissent à des solutions différentes selon l'objet ou l'origine du privilège.

Les partisans d'une notion unitaire du privilège se divisent en deux groupes. Les uns pensent que les privilèges sont tous des droits réels ; M. le Doyen Poplawski a brillamment défendu cette conception en l'appuyant sur une minutieuse étude historique, et M. le Doyen Voirin l'a récemment soutenue dans la deuxième édition du Cours de Droit civil de Charles Beudant [5]. Les autres se rangent à une conception proposée et développée par Bonnecase : le privilège n'est ni un droit réel, ni un droit de créance ; le privilège n'est même pas un droit, mais « la qualité d'un droit, ou encore la propriété d'un droit au sens scientifique et

4. Bonnecase, *op. cit.*, p. 441 et s., spécialement p. 463 et s. — V., égal., Quincarlet, thèse citée, p. 446 et s. — Robino, thèse citée, p. 106 et s.

5. Poplawski, *La notion de privilège en droit romain et en droit civil français*, thèse, Bordeaux, 1913. — Beudant, Lerebours-Pigeonnière et Voirin, t. XIII, n° 292 et s. — V., ég., Briault, *Notion de privilège en Droit civil français*, thèse, Paris, 1911. — Josserand, t. II, 1545.

philosophique du terme », inhérente à un droit de créance ou à un droit réel de garantie et se traduisant par un rang spécifique de préférence [6].

La majorité des auteurs classiques, en revanche, semblent se rattacher à une conception pluraliste des privilèges [7]. C'est en fonction des caractères propres à chacun d'eux qu'ils déterminent sa nature juridique. L'accord est complet pour les privilèges immobiliers spéciaux que l'on qualifie aussi d'hypothèques privilégiées ; tous les auteurs classiques admettent que ces privilèges sont des droits réels [8]. En ce qui concerne les privilèges généraux, deux opinions sont en présence : les uns considèrent qu'il s'agit de simples causes de préférence entre créanciers [9] ; les autres font une distinction selon que le privilège s'exerce sur les meubles ou sur les immeubles ; dans le premier cas, il s'agirait bien de simples causes de préférence, mais, dans le second, il y aurait droit réel avec comme conséquence le droit de suite [10]. Pour les privilèges mobiliers spéciaux, on a également défendu deux conceptions : l'une enseigne que les privilèges mobiliers sont tous des droits réels [11] ; l'autre fait une distinction entre ces privilèges en fonction de leur fondement ; elle reconnaît la qualité de droit réel aux privilèges fondés sur l'idée de nantissement ; elle considère, en revanche, les autres privilèges comme de simples causes de préférence, ne présentant aucun caractère de réalité [12].

315. Lorsqu'on examine les diverses solutions qui ont été proposées par les auteurs partisans d'une conception pluraliste du privilège, on ne peut s'empêcher de remarquer que ces solutions sont le plus souvent fonction de la question de savoir si le privilège comporte un droit de suite, s'il entraîne une véritable affectation réelle de la chose, s'il est opposable au tiers détenteur.

Les divergences les plus profondes portent, en effet, sur la

6. Cf., Bonnecase, *op. cit.*, n° 225 et s., p. 478 et s. — V., dans le même sens, Quincarlet, th. cit., p. 466 et s. — Robino, th. cit, p. 131 et s. — Forel, *La notion de privilège et les différentes catégories de privilège en droit civil*, thèse, Bordeaux, 1940.

7. V., Robino, th. cit., p. 107 et s.

8. V., Baudry-Lacantinerie et de Loynes, t. I, n° 302. — Aubry et Rau, t. III, 6e éd., par E. Bartin, § 256. — Planiol, Ripert et Becqué, t. XII, n° 5. — Colin, Capitant, Julliot de la Morandière, t. II, n° 1490.

9. V., Colin, Capitant et Julliot de la Morandière, t. II, n° 1492.

10. Baudry-Lacantinerie et de Loynes, t. I, p. 273. — Aubry et Rau, *loc. cit.*

11. Laurent, t. XXIX, n° 314. — Pont, *Privilèges et hypothèques*, t. I, p. 20. — Baudry-Lacantinerie et de Loynes, n° 301.

12. V., Planiol, *Traité élémentaire*, 11e éd., par G. Ripert, t. II, n° 2542 et s. — Comp., Aubry et Rau, t. III, *loc. cit.*

nature des privilèges mobiliers ; et l'origine de ces divergences se trouve essentiellement dans le fait que ces privilèges sont en général démunis de droit de suite. Les auteurs qui, malgré cela, considèrent les privilèges mobiliers comme des droits réels, estiment que l'absence du droit de suite est purement accidentelle ou plus exactement qu'elle n'est pas une conséquence de la nature du privilège, mais une application du régime de la propriété mobilière, de la règle : « En fait de meuble, possession vaut titre » [13] ; en revanche, ceux qui concluent que les privilèges mobiliers ne sont pas des droits réels pensent que le défaut de droit de suite est inhérent à cette catégorie de privilèges et provient de la prohibition de toute affectation réelle sur meuble, prohibition conforme à la tradition historique et qui se traduirait aujourd'hui dans l'article 2119 du Code civil : « Les meubles n'ont pas de suite par hypothèque. » [14].

Cette façon de déterminer la nature juridique des privilèges en fonction du degré de leur opposabilité aux tiers est particulièrement nette dans la classification tripartite que nous proposent Aubry et Rau : « Les causes de préférences, écrivent-ils, peuvent se ranger en trois catégories. Les unes sont purement personnelles, en ce sens qu'elles n'ont d'effet qu'à l'égard du débiteur lui-même et de ses créanciers chirographaires. D'autres, au contraire, présentent un caractère complet de réalité, en ce qu'elles peuvent être exercées par voie de suite contre tout tiers détenteur. D'autres ont un caractère mixte... ». Cette « troisième catégorie comprend les privilèges spéciaux sur les meubles qui se rattachent à un nantissement exprès ou tacite. Ces privilèges, quoique ne pouvant être exercés par voie de suite contre les tiers détenteurs, présentent cependant un certain caractère de réalité, en ce qu'ils sont susceptibles d'être invoqués contre le tiers acquéreur non encore mis en possession » [15].

316. Si l'on admet, comme nous le pensons, que le droit de suite n'est pas une conséquence nécessaire du droit réel, et que la mesure de l'opposabilité aux tiers n'est pas un critérium efficace de la réalité, la question de la nature juridique des privilèges doit être posée sur de tout autres bases.

On ne peut nier que les privilèges présentent certains aspects,

13. V., le développement de cet argument dans Beudant, Lerebours-Pigeonnière et Voirin, t. XIII, n° 295 et s.

14. V., Aubry et Rau, *op. cit.*, § 256, texte et note 2. — Badoui, *Le développement de la notion de privilège*, thèse, Grenoble, 1912, p. 154.

15. Aubry et Rau, t. III, § 256. — Comp., Baudry-Lacantinerie et de Loynes, t. I, n° 277.

certains caractères communs que les théories unitaires ont eu précisément le mérite de mettre en relief. Si on laisse de côté le problème du droit de suite, on constate que l'effet de tout privilège est de permettre à un créancier de saisir et de faire vendre les biens ou certains biens de son débiteur, et d'en toucher le prix par préférence à d'autres créanciers. L'un des mérites de la théorie de Bonnecase est d'avoir rappelé que le privilège est essentiellement, et dans tous les cas, une cause de préférence accordée à un créancier lors de la distribution des biens de son débiteur. Mais ce caractère est également celui des hypothèques ; l'hypothèque est aussi le droit de saisir et de faire vendre un bien de son débiteur pour en toucher le prix, par préférence à d'autres créanciers. Et l'avantage de la conception de M. Poplawski est de mettre en relief ce caractère commun, cette nature commune des privilèges et des hypothèques. La lecture du Code civil est à cet égard particulièrement suggestive ; elle fait nettement apparaître cette identité des privilèges et des hypothèques. « Les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers ; et le prix s'en distribue entre eux par contribution, à moins qu'il n'y ait entre les créanciers des causes légitimes de préférence. » (art. 2093). « Les causes légitimes de préférence sont les privilèges et hypothèques. » (art. 2094).

Mais ces textes font également apparaître le lien qui existe entre les privilèges et hypothèques et le droit de gage commun à tout créancier. Le droit de saisir et de faire vendre les biens du débiteur n'est pas, en effet, propre aux créanciers privilégiés et hypothécaires ; ce droit appartient à tout créancier ; il constitue l'essence du droit de gage qui est accordé à tout créancier sur les biens de son débiteur. Le droit des créanciers privilégiés et hypothécaires ne saurait donc être envisagé en faisant abstraction du droit de gage dont ces créanciers bénéficient en tant que simples créanciers. Les privilèges et les hypothèques apparaissent, en tout premier lieu, comme des moyens de renforcer sur certains biens l'efficacité du droit de gage du créancier ; le problème de leur nature juridique pose donc au préalable celui de la nature du droit de gage général.

SECTION I

Le droit de gage général des créanciers

317. En étudiant la doctrine classique du droit réel, et plus spécialement à propos de l'analyse du droit de suite et du droit de préférence, nous avons eu l'occasion de relever les inconvénients de l'incertitude qui règne sur la nature exacte du droit de gage général du créancier [16]. Nous avons éprouvé chaque fois l'impression d'une confusion regrettable entre ce droit de gage général et le droit de créance, et nous avons senti le besoin de faire une distinction entre les pouvoirs accordés au créancier, pouvoirs qui semblaient différents par leur objet et par leur nature, selon que l'on envisageait le droit à la prestation ou le droit de gage. Le moment est venu d'examiner si cette distinction est légitime et, en conséquence, de préciser la nature du droit de gage général.

§ 1

La distinction du droit à la prestation et du droit de gage général

A. — Etude critique des conceptions doctrinales sur le droit du créancier et son droit de gage général

318. La nature juridique du droit de gage général, que l'article 2092 du Code civil confère à tout créancier sur le patrimoine de son débiteur, a été peu étudiée *en France* [17]. Les auteurs, en général, se bornent à déclarer qu'il ne s'agit pas d'un droit réel. MM. Ripert et Boulanger critiquent l'expression de gage employée par l'article 2093 ; elle risque, pensent-ils, de pro-

16. V., notamment, *supra*, n° 179.

17. La doctrine moderne française s'est surtout préoccupée de préciser la situation du créancier chirographaire au regard des actes passés par le débiteur, et de montrer l'erreur de la doctrine traditionnelle qui considérait le créancier chirographaire comme un ayant-cause à titre universel du débiteur. Voir, Laborde-Lacoste, *Essai sur la notion d'ayant-cause à titre particulier en droit privé français. Etude synthétique et critique*, thèse, Bordeaux, 1916. — Bonnecase, *La condition juridique du créancier chirographaire. Sa qualité d'ayant-cause à titre particulier*, Rev. trim. dr. civ., 1920, p. 103. — Filip, *Nature juridique du droit du créancier chirographaire*, thèse, Paris, 1922. — Bonnecase, Supplément à Baudry-Lacantinerie, t. III, n° 363 et s. ; t. V, n° 316 et s.

voquer une confusion entre le droit de gage général, « droit sur le patrimoine », et le droit de gage proprement dit, qui est un droit réel sur un bien déterminé. Colin et Capitant ont insisté également sur les différences existant entre ces deux sortes de gages, et, notamment, sur le fait que le droit de l'article 2092, au contraire du « droit de gage au sens précis et technique du mot », ne donne ni droit de suite, ni droit de préférence [18]. Seul, de Vareilles-Sommières, pour qui le droit de suite et le droit de préférence ne sont pas de l'essence du droit réel, a soutenu la nature réelle du droit de gage général [19].

319. Cette question a été discutée avec plus de soin *en Italie* [20], au début de ce siècle, à propos des controverses qui se sont élevées autour du concept d'obligation. Les auteurs italiens, qui ont exposé et défendu la théorie dualiste de l'obligation, ont, en effet, utilisé les conclusions de leur étude pour préciser la nature du droit du créancier et en particulier celle de son droit de gage général. Leurs idées sur ce point sont donc inspirées de celles qu'ils ont émises sur le contenu et les rapports des deux éléments de l'obligation, la Dette et la Responsabilité. Mais il est curieux de voir comment, en partant parfois de points de vue analogues quant à la valeur de la distinction entre Dette et Responsabilité, certains auteurs sont cependant arrivés à des solutions différentes sur la nature du droit du créancier ; et, inversement, comment d'autres solutions se rapprochent, bien qu'elles aient pour origine des positions opposées sur la valeur de la théorie dualiste de l'obligation. Les types de solutions sont d'ailleurs limités. Les uns, tels que V. Polacco, F. Carnelutti, C. Gangi, mettent l'accent sur le droit à la prestation et n'accordent au créancier qu'un seul droit de nature personnelle ; d'autres, au contraire, ont tendance à ramener tout le droit du créancier à son droit de gage général auquel ils reconnaissent une nature réelle (Pacchioni). Face à ces

18. Ripert et Boulanger, t. II, nos 1380 et 1665. — Colin, Capitant et Julliot de la Morandière, t. II, n° 422. — Dans le même sens, Troplong, *Privilège et hypothèques*, t. I, n° 4, p. 7. — Demolombe, t. XIV, n° 48, p. 52. — Beudant, Lerebours-Pigeonnière et Lagarde, n° 659. — Planiol, Ripert, Radouant et Gabolde, t. VII, n° 796.

19. De Vareilles-Sommières, Rev. crit., 1906, nos 36 et 56, p. 478 et 488. — Comp., Lafontaine, *D'une antinomie*, Rev. crit., 1859, p. 334 et s. — Voir, également, sur cette question, mais en sens contraire, Fougerat, *Du droit de gage général des créanciers sur les biens de leurs débiteurs et des limitations apportées à ce droit par la loi...*, thèse, Poitiers, 1897, p. 23 à 26.

20. Cf., Popa, *op. cit.*, p. 229 et s. — D. Rubino, *La responsabilità patrimoniale*, Trattato di diritto civile italiano diretto da Filippo Vassali, fasc. 1, vol. XIV, t. I, n° 2, p. 2 et s., Turin, 1943, et 2e éd., 1949. — P. Gaetano, *I privilegi*, fasc. 1 du vol. IX, t. I, du même traité, n° 2, Turin, 1939, et 2e éd., 1949.

conceptions du droit du créancier, que l'on peut appeler unitaires, Alfredo Rocco s'est fait le défenseur d'une conception dualiste qui distingue nettement le droit à la prestation, droit de créance proprement dit, et le droit de gage général, droit de nature réelle [21].

1° Les conceptions unitaires du droit du créancier

a) *Théories du droit personnel*

1) Polacco :

320. Polacco fait figure d'adversaire de la théorie dualiste de l'obligation. Bien que, dans son ouvrage sur les obligations, il fasse mention de la distinction entre Dette et Responsabilité sans la repousser *de plano*, il craint qu'on en exagère l'importance et il refuse de l'utiliser pour expliquer l'essence ou le fonctionnement de telle ou telle institution juridique [22].

Pour lui, l'obligation est un rapport juridique patrimonial en vertu duquel le débiteur doit accomplir une prestation envers le créancier. Conçue à l'origine comme une « potestas » sur la personne du débiteur, elle est devenue dans le monde des droits patrimoniaux une institution indépendante des droits réels. Le droit du créancier sur les biens de son débiteur est toujours un droit personnel dont l'objet a simplement changé pendant la période exécutive. Selon Polacco, le lien obligatoire qui contraint la volonté du débiteur se transporte dans sa phase exécutive sur le patrimoine du débiteur, sans changer de nature, c'est-à-dire en restant toujours un droit personnel. Dette et Responsabilité ne sont pour lui que deux phases d'un même élément [23].

321. Avec Pacchioni, on peut reprocher à Polacco de ne pas avoir suffisamment motivé sa solution. Et il est certain que cette solution apparaît comme une conséquence inévitable de l'analyse

21. Nous n'avons pas pu utiliser directement les auteurs allemands qui se sont penchés sur cette question. Mais la lecture des auteurs italiens nous a permis de remarquer que ceux-ci avaient largement utilisé les Allemands, en sorte qu'en exposant la doctrine italienne, on peut estimer donner une idée exacte des conceptions doctrinales qui ont été élaborées tant en Italie qu'en Allemagne.

Pour l'exposé des idées sur la théorie dualiste de l'obligation en Allemagne, voir Popa, *op. cit.*, p. 75 et s.

22. Polacco (Vittorio), *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*, 2e éd., Rome, 1915, t. I, p. 89 et s.

23. *Op. cit.*, p. 68-69 et p. 73.

de l'obligation en un rapport simple et unitaire, analyse que Pacchioni ne trouve pas satisfaisante [24].

Mais il nous paraît surtout inadmissible que le droit du créancier puisse changer d'objet, sans changer de nature, comme l'affirme Polacco. Certes, le but recherché est identique dans les deux phases qu'envisage cet auteur : assurer certaines satisfactions au créancier ; mais le résultat effectivement obtenu est différent : la prestation dans un cas, un équivalent de la prestation dans l'autre ; et les moyens pour l'atteindre ne sont pas les mêmes : pouvoirs contre la personne dans la première phase, pouvoirs sur les choses dans la seconde. De plus, l'identité de but ne prouve pas l'identité des droits. Plusieurs droits peuvent tendre vers un même but, tout en ayant une structure interne, et, donc, une nature juridique, différentes. C'est ici le cas. Nous avons vu d'ailleurs que la nature réelle ou personnelle d'un droit dépend de la nature de l'objet auquel il s'applique, d'où découle également la nature des pouvoirs formant le contenu de ce droit. Il en résulte qu'un droit ne peut, selon nous, changer d'objet, sans changer de contenu et sans changer de nature.

Polacco, en revanche, tout en reconnaissant que le droit du créancier change d'objet dans la période exécutive, affirme cependant qu'il conserve la même nature. C'est en ce sens que son argumentation apparaît insuffisante. M. Carnelutti, qui s'affirme comme un disciple de Polacco [25], s'est bien aperçu de ce défaut et il s'est efforcé d'y remédier.

2) Carnelutti :

322. Dans un article paru à la *Rivista di diritto commerciale* de 1915 [26], M. Francesco Carnelutti se pose en adversaire de la distinction entre la « Dette » et la « Responsabilité » conçues comme deux rapports indépendants. Avec Polacco, il proclame l'unité du rapport d'obligation et il n'accepte de voir dans la distinction que l'on veut établir que deux phases d'un élément unique ; mais il s'efforce d'analyser avec plus de soin la transformation qui se produit au cours de ces deux phases qu'il compare à l'endroit et au revers d'une même médaille [27].

Le point de départ de sa théorie est une conception curieuse

24. Pacchioni (Giovanni), *Trattato delle obbligazioni secondo il diritto civile italiano,* Introduzione, Turino, 1927, p. 40, n° 23.
25. Cf., F. Carnelutti, *Appunti sulle obbligazioni,* Riv. dir. com., 1915, I, p. 541.
26. *Appunti sulle obbligazioni,* p. 525 et s.
27. *Op. cit.,* p. 548-549 et p. 559.

du devoir du débiteur. Celui-ci, dit M. Carnelutti, n'est pas tenu d'exécuter une prestation, mais simplement de tolérer l'action du créancier. Et il examine d'abord les obligations de *dare* qui paraissent les plus favorables à la défense de sa thèse. Il est facile, en effet, d'expliquer que le débiteur d'un corps certain doit, pour accomplir son obligation de *dare*, laisser le créancier prendre possession de l'objet. Pareillement, dit-il, le débiteur d'une somme d'argent est simplement tenu de laisser le créancier prendre l'argent ; certes, il devra accomplir certaines « actions préparatoires ou instrumentales » (ouvrir la porte, montrer l'argent...), mais ces actes sont uniquement destinés à rendre possible l'action du créancier. Il en est d'ailleurs de même pour les obligations de faire ; seul, un défaut d'analyse a pu laisser croire le contraire ; il faut, en effet, bien distinguer la prestation et l'objet de la prestation ; l'action du débiteur constitue l'objet de la prestation, mais la prestation n'est que l'obligation pour le débiteur de tolérer que le résultat de son activité soit pris par le créancier [28].

De cette analyse vraiment originale, M. Carnelutti tire des conséquences logiques quant au droit du créancier. Puisque ce droit consiste dans une action que doit tolérer le débiteur, sa réalisation est en fait identique, et sa nature ne change pas, lorsque, au lieu de tolérer cette action, le débiteur la subit à la suite d'une exécution forcée. Ainsi, lorsque le locataire ou l'acquéreur satisfont leur droit sur le patrimoine du débiteur ou s'emparent temporairement ou définitivement de la chose louée ou vendue, ils ne réalisent rien d'autre que leur droit de créance à la délivrance [29]. Dans les obligations susceptibles d'exécution forcée (esecuzione specifica), il n'y a donc, conclut en somme M. Carnelutti, aucune distinction à faire entre le droit à la prestation et le droit de se la procurer sur le patrimoine du débiteur.

Mais M. Carnelutti est obligé de reconnaître que « la situation est beaucoup moins simple » [30] lorsque l'exécution forcée n'est pas possible. Il doit constater que le dédommagement obtenu par le créancier est alors différent de l'objet de la prestation qu'il attendait. Il ne peut d'ailleurs en être autrement, car, dit M. Carnelutti, l'objet de la prestation n'existe pas en cette hypothèse. Lorsque l'exécution forcée n'est pas permise, ce n'est pas parce que la prestation est impossible — celle-ci étant une simple tolérance, son exécution forcée est toujours concevable — c'est parce que l'objet de cette prestation, c'est-à-dire les utilités que doit

28. *Op. cit.*, p. 528 et s.
29. *Op. cit.*, p. 549.
30. *Op. cit.*, p. 542.

produire le débiteur, n'a pas été créé [31]. M. Carnelutti doit donc convenir qu'il est nécessaire de faire une distinction entre l'hypothèse où le créancier peut obtenir et obtient l'objet de la prestation et celle où il doit se contenter d'un simple dédommagement. Et, de fait, dans un article postérieur où il précise sa théorie [32], M. Carnelutti affirme expressément qu'il ne peut « venir à l'idée de personne de confondre le droit au dédommagement avec le droit principal du créancier » [33]. Mais il refuse de voir dans le droit de créance deux éléments différents qui coexisteraient dès la naissance de ce droit. Selon lui, la condamnation à des dommages-intérêts produit une transformation de l'obligation ; l'obligation originaire se transforme en une obligation de payer une somme d'argent, qui est toujours susceptible d'être exécutée. Ainsi, le droit qui se réalise sur le patrimoine du débiteur est un produit et non un élément du droit de créance. Et ce droit n'est pas un droit réel, mais un nouveau droit de créance [34].

323. L'étude de M. Carnelutti est très intéressante en raison de la méthode d'analyse qu'il a suivie. Il est certain, en effet, que, pour découvrir les divers pouvoirs qui appartiennent au créancier et préciser leur nature, le meilleur moyen est de voir en œuvre ces pouvoirs, c'est-à-dire d'examiner comment se réalise, ou comment est protégé, l'intérêt du créancier dans les diverses situations susceptibles de se présenter. Sur ce point, il conviendra donc d'imiter M. Carnelutti. En revanche, l'analyse qu'il effectue appelle des réserves. Nous nous bornerons à deux observations.

Tout d'abord, nous indiquerons que sa conception sur le devoir du débiteur, qui est à la base de tous ses développements, a soulevé, à juste titre, de multiples critiques [35]. Brunetti a multiplié les exemples pratiques pour montrer combien ce devoir du débiteur conçu comme une tolérance choque le simple bon sens [36].

31. *Op. cit.*, p. 536.
32. *Obbligo del debitore e diritto del creditore*, Riv. dir. com., 1927, I, p. 295-326, spéc. p. 320 et s.
33. *Op. cit.*, p. 326.
34. *Appunti...*, p. 550.
35. Cf., Brunetti, *Il diritto del creditore*, Riv. dir. com., 1916, I, p. 137-145 et p. 282-307, spéc. p. 140 et s., p. 282 et s. — Gangi, *Scritti giuridici*, Padova, 1933, p. 318. — Pacchioni, *Il concetto dell' obbligazione*, Riv. dir. com., 1924, I, p. 226, et *Tratatto delle obbligazioni*, p. 25 et s.
36. « Ainsi, écrivait Brunetti, pour M. Carnelutti, le cuisinier qui s'est obligé à me faire manger n'exécute pas la prestation en me faisant cuire la viande, mais en tolérant que je la mange lorsqu'il l'a fait cuire ; la prestation de ma femme de chambre consiste à tolérer que j'entre dans le lit qu'elle a refait et non à le refaire ; et mon jardinier, selon M. Carnelutti, accomplit son obligation, non en cultivant les fleurs de mon jardin, mais en tolérant que je les cueille », Brunetti, p. 285.

Mais, même philosophiquement, du point de vue de la science juridique pure, la distinction entre la prestation — simple tolérance — et l'objet de l'obligation — l'action du créancier — est inacceptable. Pour M. Carnelutti, elle se justifie ainsi : normalement, tout individu est libre de jouir personnellement du produit de son activité ; l'existence d'un droit de créance a pour effet de déroger à cette liberté naturelle en permettant au créancier de s'approprier le bénéfice de l'activité du débiteur ; l'atteinte à la liberté du débiteur, son obligation, est donc de tolérer cette appropriation exceptionnelle des fruits de son travail. Mais un raisonnement analogue permet de rejeter cette analyse : si tout individu peut normalement bénéficier en toute liberté du produit de son activité, il est aussi et d'abord libre de diriger comme il le désire cette activité ; or, l'existence d'un droit de créance, en imposant au débiteur de se livrer à une activité déterminée dans l'intérêt du créancier, empêche l'exercice de cette liberté. L'atteinte première et essentielle apportée à la liberté du débiteur est donc de se livrer à l'activité qui lui est imposée, et non de tolérer simplement que le créancier en bénéficie ; c'est bien, par conséquent, cette activité qui forme l'élément primordial de son obligation.

En second lieu, est-il exact de dire qu'au cas d'inexécution d'une obligation de faire, la condamnation aux dommages-intérêts entraîne la naissance d'un nouveau rapport obligatoire ? Le jugement de condamnation opère-t-il, ainsi que semble le penser M. Carnelutti, une véritable novation de la créance primitive ? C'est un point sur lequel l'auteur ne donne pas toutes les explications que l'on désirerait. Il est au contraire généralement admis en France que le jugement n'a pas d'effet novatoire [37]. Et, récemment, M. Roger Merle a parfaitement mis en relief l'absence d'effet du jugement sur la création du droit [38]. Remarquons d'ailleurs qu'une réponse conforme à celle de M. Carnelutti n'entraînerait pas nécessairement la solution du problème qui nous intéresse, car, à moins d'accepter les conceptions de cet auteur sur le devoir du débiteur, il resterait à analyser la nature des pouvoirs du créancier lorsqu'au lieu de recevoir un paiement volontaire du débiteur, il obtient les sommes qui lui sont dues par une action sur les biens de ce débiteur.

37. V., Morel, *Traité élémentaire...*, n^os^ 42 et 575.
38. Roger Merle, *Essai de contribution à la théorie générale de l'acte déclaratif*, Paris, Rousseau, 1949, p. 127 et s.

3) GANGI [39] :

324. A la différence de Polacco et de M. Carnelutti, Gangi apparaît comme un des principaux défenseurs de la théorie dualiste de l'obligation. Et, cependant, il aboutit, en ce qui concerne le droit du créancier, à un résultat analogue à celui de ces deux auteurs ; comme eux, il n'accorde finalement au créancier qu'un seul droit : un droit personnel à la prestation. Ce résultat s'explique par la conception particulière des rapports de « Dette » et de « Responsabilité », que propose cet auteur.

Gangi distingue deux éléments dans l'obligation : le devoir juridique du débiteur d'accomplir la prestation (Dette) et l'assujettissement du débiteur au pouvoir de contrainte du créancier en cas d'inaccomplissement (Responsabilité). Seule, l'union de la Dette et de la Responsabilité entraîne pour le débiteur la nécessité de prester, et pour le créancier un droit à la prestation. Le débiteur n'est juridiquement obligé d'accomplir la prestation que dans la mesure où il est assujetti à une contrainte, et le créancier n'a de droit à la prestation que dans la mesure où il peut l'exiger par un moyen de contrainte. Dans le rapport de Dette (rapporte di debito), Gangi découvre : côté débiteur, un devoir d'accomplir la prestation ; côté créancier, l'attente (aspettativa) d'avoir la prestation. Mais, ce devoir du débiteur n'est pas muni de sanction, et l'attente du créancier n'est pas un droit subjectif [40]. Le droit du créancier naît du rapport de Responsabilité qui assujettit le débiteur au pouvoir de contrainte du créancier ; ce droit consiste dans le pouvoir d'exiger la prestation du débiteur, et c'est le seul droit qui appartienne au créancier : droit personnel à la prestation [41].

Dans le Droit moderne, ajoute Gangi, l'objet de l'assujettissement n'est pas la personne du débiteur en tant que personne physique, mais son patrimoine comme appartenant à sa personnalité [42]. Par suite, lorsque le créancier exerce son droit d'agression

39. Scritti giuridici, vari I, Padova, 1933, p. 316 et s.

40. C'est également en analysant le droit de créance en une simple attente du créancier (attesa, aspettativa) que M. Barbero a pu conclure qu'il n'y avait pas là un droit subjectif, v., D. Barbero, *Diritto soggettivo*, in Foro italiano, 1939, IV, p. 1 et s. ; *Il credito nel sistema dei rapporti giuridici*, in Scritti giuridici in onore di L. Barassi, 1943, p. 34 à 56 ; *Sistema istituzionale del diritto privato*, 2e éd., 1949, t. I, p. 124 et s. — Voir les critiques de cette conception faites par L. Barassi, *La teoria generale delle obbligazioni*, vol. 1, 2e éd., 1948, n° 7 *bis* et 12 et p. 335 à 343. — Et par U. Natoli, *Diritto soggettivo*, 1943, p. 84 et s. ; *Il conflitto dei diritti e l'art. 1380 del Codice civile*, 1950, p. 31, note 54.

41. *Op. cit.*, p. 316-325.

42. *Op. cit.*, p. 328-329.

sur le patrimoine du débiteur, il réalise simplement son droit personnel à la prestation, le seul droit que Gangi lui reconnaisse [43].

325. Les insuffisances de la théorie de Gangi et les réserves qu'il convient d'apporter à son raisonnement apparaîtront d'elles-mêmes en examinant les idées de Pacchioni. On verra, en effet, comment cet auteur, en partant de conceptions analogues à celles de Gangi quant aux rapports de Dette et de Responsabilité, et en se rangeant lui aussi à une conception unitaire du droit du créancier, aboutit à une conception opposée en ce qui concerne la nature de ce droit.

b) *Théories du droit réel*

1) Pacchioni [44] :

326. Pour Pacchioni, également, le rapport de dette comprend :

— « le devoir du débiteur, qui peut se définir comme un état de pression psychologique, dans lequel se trouve le débiteur du simple fait de l'existence d'une norme juridique qui lui impose d'exécuter une prestation envers une certaine personne ;

— une légitime attente de cette dite personne, que l'on peut définir comme un état de confiance juridique de recevoir la prestation parce qu'elle est juridiquement due ».

Et Pacchioni, comme Gangi, considère que le droit du créancier ne prend naissance qu'avec le rapport de responsabilité qui s'analyse :

— du côté du débiteur : en un « état d'assujettissement d'une personne, d'une chose ou d'un patrimoine » ;

— du côté du créancier : en un « droit de faire valoir cet assujettissement, pour rendre plus probable l'accomplissement de la prestation, ou obtenir en cas d'inaccomplissement son objet ou sa valeur ».

Mais, pour Pacchioni, ce droit du créancier n'est pas un droit à la prestation, comme on l'a souvent dit, et comme le prétend Gangi ; c'est le droit de se satisfaire sur le patrimoine du débi-

43. *Op. cit.*, p. 335.

44. Pacchioni, *Il concetto dell'obbligazione*, Riv. dir. com., 1924, I, p. 209 et s. ; *Trattato delle obbligazioni*, p. 1 à 47, spéc. sur la nature du droit du créancier, p. 38-44.

teur au cas de non paiement de la dette. « Ce droit n'atteint pas le débiteur, mais ce qui répond pour lui, c'est-à-dire ses biens. » Pacchioni n'admet pas que la prestation puisse faire l'objet d'un droit du créancier, car la prestation est un produit de la volonté qui est essentiellement « incoercible ». Le seul droit du créancier est, une fois l'échéance passée, de s'attaquer au patrimoine pour en retirer l'objet de la prestation ou une valeur égale [45].

327. Quelle est donc la nature de ce droit du créancier sur le patrimoine du débiteur ?

Pour Pacchioni, ce n'est pas un droit personnel, mais ce n'est pas non plus un véritable droit réel de gage ou d'hypothèque, car il ne donne aucune préférence et ne peut être exercé contre les tiers. Il s'agit plutôt d'un droit de garantie *sui generis*, de nature réelle, répondant à un « concept supérieur de garantie réelle ». « Le droit du créancier, écrit-il, ne frappe à proprement parler ni chaque chose du débiteur, ni l'ensemble de celles-ci, mais il assujettit le débiteur lui-même à un contrôle relativement à son activité patrimoniale ; c'est une forme de « seigneurie » (Super dominio) patrimoniale, pour laquelle il n'y a pas de termes précis de comparaison dans le droit privé. » Après avoir ainsi indiqué le caractère particulier de ce droit, il ajoute : « Si l'on part du concept fondamental dont nous sommes partis (considérer comme droits réels tous les droits qui attribuent des pouvoirs sur le monde extérieur), on peut affirmer que le droit du créancier est un droit réel, bien qu'on ne puisse le faire valoir contre les tiers que dans la mesure de l'article 1235 du Code civil italien. » (art. 1167 du C. civ. fr.) [46].

Pacchioni n'hésite donc pas à affirmer le caractère réel du droit du créancier, mais il s'empresse d'ajouter qu'il s'agit d'un droit réel qui ne ressemble pas aux droits réels ordinaires, d'un droit réel *sui generis* dont il n'y aurait pas d'autre exemple dans le droit. Ce droit, nous montre-t-il, s'exerce en deux périodes : la première est celle du contrôle de gestion, elle commence à la naissance de la dette et dure jusqu'à l'inaccomplissement légalement constaté ; la deuxième est celle de l'agression directe et elle commence au moment du non paiement légalement constaté. Mais il s'agit du même droit, droit de nature réelle, le seul qui, pour Pacchioni, appartienne au créancier [47].

45. *Traité*, p. 14-18.
46. *Idem*, p. 42, note 2.
47. Pacchioni aboutit ainsi à une conception unitaire des droits réels et personnels. « La vérité, écrit-il, est que dans la propriété comme dans l'obli-

328. En partant d'analyses semblables de l'obligation, Pacchioni et Gangi aboutissent donc à un résultat différent quant à la nature du droit du créancier. Tous deux n'accordent au créancier qu'un seul droit. Mais, pour Gangi, ce droit est un droit personnel à la prestation ou à un équivalent, et, par l'exécution forcée, le créancier ne fait que réaliser ce droit. Pour Pacchioni, au contraire, la prestation ne peut faire l'objet d'un droit, car elle est un produit de la volonté qui est incoercible ; elle ne peut donner lieu qu'à une « attente » du créancier, jamais à un droit ; le seul droit du créancier est un droit sur le patrimoine par lequel il obtient toujours un équivalent de la prestation, jamais la prestation elle-même.

Il est assez facile de synthétiser les réserves que l'on peut faire en présence de ces deux conceptions opposées.

A Gangi, on peut demander comment le droit à la prestation ou à un équivalent de la prestation constitue un droit de créance, alors qu'en fait ce droit s'analyse pour lui en un droit sur les biens ?

Quant à Pacchioni, on peut lui reprocher de rejeter la possibilité d'un droit à la prestation. Sans doute, la prestation conçue comme le seul produit de la volonté du débiteur peut paraître incoercible, mais cela n'empêche pas qu'elle puisse faire l'objet d'un droit. Le créancier ne peut pas produire directement la manifestation de volonté nécessaire pour l'exécution de la prestation, mais il peut exiger cette manifestation de volonté et il bénéficie, pour l'obtenir, de certains pouvoirs de contrainte indirects (astreintes). Ce pouvoir d'exiger la prestation est donc protégé, garanti, sanctionné par le droit objectif. Il apparaît, par conséquent, qu'il existe un véritable droit à la prestation, et non une simple « attente » du créancier.

2) Auteurs français :

329. De la conclusion de Pacchioni, on ne peut manquer de rapprocher les idées de certains auteurs français, qui, prétend-on, auraient ramené l'obligation à une sorte de droit réel [48]. On pré-

gation on rencontre les mêmes éléments combinés de façon différente. Dans l'obligation, nous avons comme noyau central un devoir juridique sur lequel se greffe un droit (de garantie) sur le patrimoine du débiteur ; dans la propriété, le noyau central est un droit d'usage, de jouissance ou de disposition d'une chose, sur lequel se greffe un devoir négatif d'abstention de tous les autres individus. » « Tous les droits, ajoute-t-il, étant constitués de pouvoirs reconnus par la loi sur le monde extérieur sont des droits réels. » *Traité*, p. 46-47.

48. Voir, sur ces auteurs, Rigaud, *op. cit.*, p. 466-474.

sente en général ces auteurs comme défenseurs d'une conception unitaire du droit réel et du droit de créance ; et on parle à leur sujet de la « théorie de l'obligation, ou du droit de créance, identifiée avec le droit réel » [49].

Il semble cependant que l'on ait un peu forcé l'interprétation de certaines formules qui visaient à un tout autre objet qu'à l'assimilation du droit de créance au droit réel. En réalité, ces auteurs ont eu surtout pour but de mettre en relief le caractère ou l'aspect patrimonial de l'obligation ; seulement, certains ont peut-être eu le tort de donner trop d'importance au droit de gage général et de paraître ainsi ramener le droit de créance à un simple droit sur les biens du débiteur.

En tête de ces auteurs, on cite Eugène Gaudemet et le passage suivant de sa thèse de doctorat : « Le droit personnel n'est plus un droit sur la personne, c'est un droit sur les biens : *jus ad rem*. Sa seule différence avec le droit réel est qu'il ne frappe pas privativement une chose déterminée, mais collectivement un patrimoine entier. » [50]. La formule est expressive, certes, mais, comme l'a remarqué M. Rigaud, E. Gaudemet n'entend pas nier dans ce passage la distinction entre les droits réels et les droits d'obligation ; il oppose simplement à la conception romaine purement personnelle de l'obligation sa conception moderne ; il veut nous faire sentir que l'obligation est devenue une valeur patrimoniale susceptible de se transmettre à titre particulier [51].

C'est encore cet aspect patrimonial de l'obligation que M. Jallu veut mettre en relief lorsqu'il écrit [52] : « L'obligation est devenue, au même titre que la propriété, une forme d'appropriation de la richesse, un bien parmi les autres biens, dans les fortunes individuelles, et dans la fortune publique ; un droit non plus sur la personne, mais un droit sur la chose, ou plutôt, si l'on veut, sur les choses, puisqu'il n'est pas question d'ôter leur étiquette aux droits réels, et que, subsidiairement au moins, l'obligation porte toujours sur l'ensemble des biens du débiteur. Pareil régime a déplacé le centre de gravité de l'obligation, l'a fait passer du sujet dans l'objet. L'on continuera, si l'on veut, à l'appeler

49. Cf., Bonnecase, *Traité*, n° 21, p. 23-30. — Quincarlet, *op. cit.*, p. 373-374. — M. Chauveau, *op. cit.*, n° 1, p. 544.

50. E. Gaudemet, *Etude sur le contrat de dette à titre particulier*, thèse, Dijon, 1898, p. 30.

51. Rigaud, *op. cit.*, p. 467. — Voir, d'ailleurs, *La théorie générale des obligations de Eugène Gaudemet*, publiée par Henri Desbois et Jean Gaudemet, p. 3 et s., où E. Gaudemet pose clairement la distinction entre le droit réel et le droit de créance.

52. O. Jallu, *Essai critique sur l'idée de continuation de la personne*, thèse, Paris, 1902, p. 69 et 70.

un droit personnel (les mots sont affaire de définition, et l'on est libre de ne prendre de leur sens que ce que l'on veut), mais on saura désormais ce que vaut l'épithète, et comment il faut ici la vider de son contenu littéral pour la meubler plus positivement des questions spéciales dans lesquelles s'exerce l'exécution forcée sur l'objet de l'obligation, ou, subsidiairement, à titre d'indemnité, sur le reste des biens du débiteur. C'est-à-dire qu'en disant comme autrefois que l'obligation est un droit personnel, par opposition aux droits réels, on entendra seulement qu'elle est un lien plus lâche entre le titulaire du droit et l'objet de ce droit, un lien susceptible de se distendre plus ou moins complètement (droit de préférence et droit de suite...), mais dont l'emprise, à la fois plus molle et plus large, si elle est susceptible de s'exercer sur des objets plus indéterminés (chose *in genere* et obligations de faire), porte subsidiairement, à titre d'indemnité, sur l'ensemble des biens du débiteur considérés au point de vue de leur valeur pécuniaire. »

En revanche, on a pu reprocher à M. Gazin d'aller trop loin [53] lorsqu'il se permet d'écrire que « le droit personnel est, pourrait-on dire, un droit réel indéterminé quant à l'objet sur lequel il porte » [54]. Toutefois, il faut reconnaître que l'étude de M. Gazin ne visait pas spécialement à rechercher la nature de l'obligation. Son but était de montrer l'insuffisance de la conception classique du patrimoine telle que l'avaient élaborée Aubry et Rau ; il voulait essentiellement établir la possibilité de concevoir un patrimoine en dehors de son attachement à une personne déterminée. Aussi est-il peut-être abusif de vouloir trouver, dans une formule aussi brève que celle rapportée, une position ferme de l'auteur sur la distinction du droit de créance et du droit réel.

330. Il n'en reste pas moins que tous ces auteurs, en voulant trop « dépersonnaliser » et « patrimonialiser » l'obligation, ont eu tendance à ne considérer dans le droit de créance que les pouvoirs du créancier sur les biens du débiteur. On a pu ainsi leur reprocher, à M. Gazin surtout, de confondre le droit de créance avec le droit de gage général du créancier [55]. Comme Pacchioni, qui se prononce expressément pour une telle confusion, ils ont eu tort de négliger les pouvoirs du créancier contre la personne du débiteur. A côté du droit sur les biens du débiteur, le créan-

53. Cf., Rigaud, *op. cit.*, p. 470.
54. Gazin, *Essai critique sur la notion de patrimoine dans la doctrine classique*, thèse, Dijon, 1911, p. 454-455.
55. Cf., Rigaud, *op. cit.*, p. 470. — Quincarlet, *op. cit.*, p. 374.

cier possède aussi et d'abord un droit à la prestation. Et M. Rigaud de rappeler à ce sujet cette phrase de Vareilles-Sommières : « La créance se conçoit très bien sans le droit de gage général et existe assez souvent sans lui, à savoir quand le débiteur n'a pas de biens ou pas de biens saisissables. » [56]. Mais si la créance subsiste dans cette hypothèse, si le créancier a toujours un droit à la prestation, il se trouve dans l'impossibilité d'exercer certaines des prérogatives qui découlent normalement de son droit de créance, à savoir celles qui constituent son droit de gage général. Et l'on comprend que cette observation ait incité Alfredo Rocco à faire une distinction très nette entre le droit à la prestation et le droit de gage général [57].

2° La conception dualiste du droit du créancier : Alfredo Rocco

331. C'est à l'occasion « d'études sur la théorie générale de la faillite » qu'Alfredo Rocco s'est efforcé de préciser la nature du droit de gage général du créancier [58]. Ce droit est pour lui intimement lié au concept moderne de l'obligation ; aussi, est-ce par une analyse de celle-ci que Rocco commence son étude [59].

Rocco fait tout d'abord une distinction entre les intérêts que les droits subjectifs sont appelés à protéger. L'homme, dit-il, peut satisfaire ses besoins de deux façons : soit directement, par l'exercice de ses propres facultés ; soit indirectement, par la coopération d'autrui. Dans le premier cas apparaît un « intérêt de conservation », intérêt à la libre manifestation des facultés de l'individu ; dans le second, un intérêt de coopération, intérêt à obtenir la prestation d'un fait d'autrui. De ces deux catégories d'intérêts, les droits réels protègent les premiers, les droits d'obligation les seconds [60].

Il en résulte, explique Rocco, que le droit réel comporte nécessairement une faculté d'agir (facoltà di agire) ; au contraire, le

56. Rigaud, *op. cit.*, p. 473. — De Vareilles-Sommières, art. précité, Rev. crit., 1905, n° 36, p. 478.

57. Cf., A. Rocco, Riv. dir. com., 1910, I, p. 681-682, n° 9 *in fine*.

58. A. Rocco, *Studi sulla teoria generale del fallimento*, Riv. dir. com., 1910, I : 1. Il fallimento del punto di vista économico e giuridico, p. 669-674 ; 2. L'obbligazione et la sua realizzazione, p. 674-697 ; 3. La realizzazione dell'obbligazione nel fallimento del debitore, p. 855-875 ; 4. Natura giuridica della expropriazione forzata, Riv. dir. com., 1912, I, p. 829-844. — *Il fallimento*, Turino, 1917.

59. Voir, sur ce point, *L'obbligazione et la sua realizzazione, loc. cit.*

60. Riv. dir. com., 1910, p. 675.

droit de créance s'épuise dans le droit d'exiger du débiteur un certain comportement (pretesa) [61].

Cette caractéristique du droit du créancier se manifeste dans son mode de réalisation. Le droit de créance n'est pas directement, immédiatement coercible, c'est-à-dire réalisable par l'emploi de la force physique ou mécanique. En effet, dit Rocco, l'action humaine, manifestation de volonté et par conséquent produit d'une force psychique, se soustrait par sa nature à l'emprise des forces physiques et ne peut être mécaniquement créée ou supprimée [62]. On ne peut songer qu'à des procédés de coercition indirecte ; et Rocco nous indique les deux systèmes qui en cette matière sont concevables et qui, historiquement, ont été utilisés.

Le premier système consiste à accorder au créancier la « faculté d'agir sur la personne ou sur le patrimoine du débiteur en vue de faire pression sur sa volonté pour l'amener à exécuter la prestation ». Au droit d'exiger la prestation du débiteur s'ajoute, au cas d'inaccomplissement, la faculté d'agir sur sa personne ou sur ses biens — sorte de séquestre des biens du débiteur jusqu'à ce qu'il exécute. Et cette faculté, remarque déjà Rocco, « forme le contenu d'un droit distinct du droit de créance, d'un droit non plus contre le débiteur, mais sur le débiteur ou sur les biens du débiteur, c'est-à-dire d'un droit non plus personnel et relatif, mais réel et absolu ».

L'autre système, montre-t-il, s'est historiquement développé plus tard. Il a pour but de procurer au créancier des utilités économiques équivalentes à celles que lui aurait procurées la prestation. Pour cela, on a tout d'abord pensé à céder les biens du débiteur à un tiers qui exécutera la prestation. Puis, on a accordé au créancier « la faculté de se satisfaire sur le patrimoine du débiteur sans l'intermédiaire d'aucun tiers » [63].

Rocco étudie ensuite les conséquences de l'un et de l'autre système quant à la structure du droit de créance. Dans le premier système, celui de l'exécution au moyen de la contrainte de la volonté, en réalisant le droit accessoire sur la personne ou sur le patrimoine, on tendait à réaliser également le droit de créance, puisque la contrainte devait entraîner une exécution volontaire par le débiteur. Au contraire, dans le système de l'exécution au moyen d'une satisfaction sur le patrimoine, on ne réalise pas le droit de créance, mais un droit équivalent — quant à son utilité — au droit de créance. « En effet, dit Rocco, le créancier qui agit

61. *Op. cit.*, p. 676.
62. *Op. cit.*, p. 677.
63. *Op. cit.*, p. 679-680, n° 8.

sur le patrimoine du débiteur ne cherche pas à obtenir, et n'obtient pas, la réalisation spécifique de son droit, c'est-à-dire l'action déterminée du débiteur qui est l'objet de la prestation. » [64].

En conséquence, A. Rocco distingue deux rapports dans l'obligation en droit moderne : « d'une part, le rapport obligatoire *en soi* comme droit et devoir ayant pour objet une action ; d'autre part, le rapport qui normalement l'accompagne et duquel l'obligation tire sa coercibilité indirecte » [65]. « Nous distinguons pour cela, poursuit Rocco, le devoir d'exécuter la prestation et le devoir de permettre au créancier la réalisation sur le patrimoine d'un équivalent pécuniaire. Et, du point de vue actif, nous distinguons le droit de prétendre à la prestation, du droit d'agir sur le patrimoine pour obtenir l'équivalent pécuniaire. » [66].

332. Ce droit d'action du créancier sur le patrimoine du débiteur, Rocco le considère comme un droit réel [67], et plus spécialement comme un droit de gage. Il entend en effet par droit de gage, en un sens large, le droit de se satisfaire sur une chose à propos d'une créance qui n'a pas été exécutée par le débiteur. La satisfaction peut être réalisée par l'attribution de la propriété de la chose au créancier ; mais, dans une organisation plus parfaite, cette satisfaction est obtenue en accordant au créancier le droit de se payer sur le prix de la chose. « En ce sens, écrit Rocco, le droit de gage est le droit à la valeur pécuniaire de la chose, ou, pour être plus précis, le droit de réaliser et faire propre la valeur de la chose en cas d'inaccomplissement. » [68].

Pour montrer comment le droit du créancier sur le patrimoine du débiteur correspond bien avec cette notion de gage, Rocco étudie la procédure d'expropriation qui, en tant que procédé de réalisation de ce droit du créancier, donne l'image de son contenu. Il distingue dans cette procédure trois phases : 1) le dessaisissement du débiteur, qui correspond au droit du créancier de saisir, de s'emparer de la chose ; 2) la vente qui est l'exercice du droit

64. *Op. cit.*, p. 680.

65. Rocco rattache cette distinction à celle faite par la doctrine allemande entre Schuld (debito) et Haftung (Responsabilita), cf., *op. cit.*, p. 682-684. « Cette tendance, écrit-il en note, à distinguer dans l'obligation l'élément personnel (debito) et l'élément réel (responsabilita), n'est pas en réalité due à des raisons historiques et pour cela contingentes, mais, comme il a été démontré dans le texte, à des raisons inhérentes à la nature même de l'obligation qui apparaît comme un droit à une action, droit en soi incoercible et nécessitant un élément réel susceptible d'une coercition directe » (*op. cit.*, p. 683, en note).

66. *Op. cit.*, p. 682.

67. Comp., L. Barassi, *I diritti reali limitati*, 1947, n° 13 ; *La teoria generale delle obbligazioni*, 2e éd., 1948, vol. 1, la struttura, n° 24, p. 103 et 104.

68. *Op. cit.*, p. 690.

d'aliéner du créancier ; 3) la satisfaction du créancier sur le prix obtenu par la vente [69].

Rocco examine également les conséquences de l'intervention de l'Etat dans cette procédure. Il rejette la théorie qui « croit que la réalisation par équivalent sur le patrimoine du débiteur ne suppose aucun droit privé du créancier sur le patrimoine, mais est la conséquence d'un droit public du créancier contre l'Etat » [70]. Selon lui, l'intervention de l'Etat n'est au contraire qu'une conséquence du droit d'action du créancier. Il considère en effet le droit d'action comme « un droit autonome de nature procédurale dont le contenu est la faculté pour toute personne d'obtenir l'intervention de l'Etat pour la réalisation des rapports juridiques concrets ». Dans le « procès exécutif », l'Etat ne fait que réaliser des droits préexistants en substituant à la force privée la force publique de sa souveraineté. Ainsi, dans la vente forcée des biens du débiteur, l'Etat ne fait que réaliser le droit préexistant du créancier de vendre le bien et de se satisfaire sur le prix [71].

Rocco passe enfin en revue, pour les critiquer, les objections qui ont été faites, ou pourraient être faites, à son analyse du droit du créancier sur le patrimoine du débiteur. Il s'efforce d'abord de concilier ce droit de gage avec l'absence d'indisponibilité des biens qu'il frappe et l'absence de privilège pour le créancier, autrement dit avec l'absence du droit de suite et du droit de préférence [72]. Puis, il montre que l'existence de ce droit de gage général est également conciliable avec celle d'un droit de gage spécial. Enfin, il repousse la théorie qui prétend qu'on ne peut concevoir de gage sur une universalité [73].

333. Les différences entre Gangi, Pacchioni et Rocco, tous trois partisans de la théorie dualiste de l'obligation, sont donc

69. *Op. cit.*, p. 689 et Riv. dir. com., 1912, I, p. 829 et s.

70. M. Carnelutti, qui a apporté des précisions et des modifications à ses premières conceptions, a largement utilisé cette idée. On en trouve les premières manifestations dans son article de 1927 : *Obbligo del debitore e diritto del creditore*, Riv. dir. com., 1927, I, p. 326. — Voir, également, sur cette conception, Vassali dans Simoncelli, *Instituzioni*, 3e ediz., Roma, 1921, p. 297, en note. — Satta, *L'execuzione forzata*, Milan, 1947, p. 40 et s. — Et pour sa critique, consulter, Cicu, *L'obbligazione nel patrimonio del debitore*, Lezioni, Bologne, 1923, p. 25. — Rubino, *op. cit.*, p. 6. — Le résultat de cette analyse est de considérer que, seul, le rapport de dette appartient au droit substantiel, tandis que la responsabilité resterait en dehors du rapport obligatoire et ferait partie du droit processuel parce qu'elle comporterait un assujettissement du débiteur, non à un pouvoir du créancier, mais à un ordre de l'Etat.

71. Cf., Riv. dir. com., 1910, p. 684-689.

72. *Op. cit.*, p. 691 à 696, n° 14 *a* et *b*.

73. *Loc. cit.*, n° 14 *c* et *d*. — Voir l'analyse de ces discussions dans Popa, *op. cit.*, n° 151, p. 247-252.

assez nettes en ce qui concerne la nature du droit du créancier. Gangi et Pacchioni ne reconnaissent au créancier qu'un seul droit : droit personnel à la prestation, pour Gangi ; droit de garantie sur le patrimoine, droit *sui generis* et de nature réelle, pour Pacchioni. Rocco, au contraire, accorde deux droits au créancier : un droit à la prestation, droit personnel ; et un droit sur le patrimoine, droit réel de gage.

Ces différences s'expliquent en partie par les buts poursuivis par chaque auteur. En effet, tandis que Rocco en défendant le caractère dualiste de l'obligation a surtout en vue l'étude du droit de gage du créancier, Gangi et Pacchioni, au contraire — Pacchioni surtout — se sont efforcés d'expliquer par cette théorie la notion d'obligation naturelle. C'est pour cette raison, sans doute, qu'ils ont tâché de donner au rapport de Dette une structure correspondant le plus possible à cette sorte d'obligation. Voyant avant tout dans celle-ci une obligation civile dépourvue de sanction, ils ont réduit le rapport de dette à un devoir juridique non sanctionné, et auquel ne correspondrait aucun droit du créancier. Cette analyse leur permettait de concevoir l'obligation naturelle comme une obligation dans laquelle on ne trouve que le rapport de Dette et où manque tout rapport de Responsabilité ; et, inversement, elle leur fournissait une des preuves de l'indépendance en droit moderne des deux éléments de l'obligation.

Nous n'avons pas la prétention d'entreprendre une étude détaillée de la théorie dualiste et de ses résultats, ni d'en apprécier la valeur ou l'utilité dans notre droit moderne [74]. Rechercher ici s'il existe des Dettes sans Responsabilité ou des Responsabilités sans Dette, nous entraînerait trop loin de notre sujet. Il faut cependant remarquer que, dans l'obligation ordinaire, normale, Dette et Responsabilité sont en fait intimement unies, que l'une ne se conçoit pas sans l'autre, et qu'elles sont soumises en principe aux mêmes modalités [75]. Mais, quelle que soit la valeur que l'on accorde à la théorie dualiste, qu'on lui reconnaisse une valeur dogmatique [76], ou qu'on lui refuse au contraire toute utilité dans ce domaine, et notamment en vue d'établir la nature juridique de telle ou telle institution [77], on est bien obligé de reconnaître qu'elle correspond à une certaine réalité [78] et qu'elle traduit au

74. On consultera avec profit, à ce sujet, l'intéressante étude qui a été faite pour le droit suisse par M. Jean Pelet, *La théorie dualiste de l'obligation et son application en droit suisse*, thèse, Lausanne, 1937. — Cf., également, Popa, *op. cit.*, p. 285 et s.

75. Cf., Popa, *op. cit.*, n° 179, p. 302 et s. — Pelet, *op. cit.*, p. 295.

76. Cf., Popa, *op. cit.*, n° 191, p. 329 et s.

77. Cf., Pelet, *op. cit.*, p. 297.

78. Cf., Popa, *op. cit.*, n° 170, p. 289 et s., qui soutient que la distinction s'impose à nous de par la nature des choses.

moins une dualité fonctionnelle des rapports juridiques qu'entraîne l'existence du rapport obligatoire : d'une part, les pouvoirs qui permettent au créancier d'atteindre ou d'obtenir la prestation ; d'autre part, ceux qui lui permettent d'obtenir un équivalent de la prestation ou un dédommagement pour son inexécution. Sans doute, ces rapports juridiques tendent vers une même finalité : assurer au créancier la satisfaction d'un certain intérêt ; mais les pouvoirs qui les constituent sont différents et donnent naissance à des droits différents.

Cette dualité des pouvoirs et des droits du créancier apparaît nettement si l'on examine, comme l'ont fait Rocco et Carnelutti, le mécanisme de réalisation de l'intérêt du créancier.

B. — Le mécanisme de réalisation de l'intérêt du créancier et les divers pouvoirs du créancier

334. Le résultat que vise le créancier est avant tout l'obtention de la prestation du débiteur. Et il ne fait aucun doute, selon nous, que le créancier a un droit à la prestation [79].

Nous avons vu, en effet, que le droit de créance était essentiellement le pouvoir d'exiger une prestation. La particularité de ce pouvoir, et par conséquent la particularité du droit de créance, est qu'il ne permet pas d'exercer une action directe sur la personne du débiteur pour le contraindre à procurer la satisfaction attendue. Mais il n'empêche que ce pouvoir d'exiger la prestation est reconnu, protégé, sanctionné par l'ordre juridique qui met à la disposition du créancier certains moyens de contrainte pour amener le débiteur à une exécution volontaire ou forcée ; et, lorsque cette exécution est impossible à obtenir, cet ordre juridique accorde encore au créancier les moyens d'obtenir un équivalent des satisfactions dues.

Ces moyens de protection, en assurant dans une certaine mesure l'efficacité du pouvoir d'exiger, en consacrent en même temps le caractère juridique ; ils donnent à ce pouvoir l'estampille juridique qui en fait un droit. On comprend ainsi que les défenseurs d'une conception unitaire du droit de créance, qui, tels Gangi ou Pacchioni, ont inclus dans le rapport de Responsabilité tous les moyens de contrainte qui assujettissent le débiteur au pouvoir du créancier, aient conclu que le rapport de Responsabilité donnait seul naissance à un droit du créancier. Il est certain,

79. Comp., Ripert et Boulanger, t. II, n° 1632.

en effet, que le créancier n'a véritablement un droit à la prestation que dans la mesure où l'ordre juridique assujettit le débiteur au pouvoir d'exiger du créancier [80].

Mais le tort de ces auteurs a été de confondre le droit du créancier à la prestation avec les moyens juridiques mis à sa disposition pour en assurer la réalisation ou la protection. Ces moyens, dans la mesure où ils manifestent la reconnaissance légale du pouvoir d'exiger, consacrent le droit à la prestation, mais ils ne sont pas le droit à la prestation ; ils constituent des pouvoirs destinés à garantir le pouvoir d'exiger, donc le droit à la prestation ; mais ils ont, selon leur objet, des caractères propres.

335. Le premier de ces pouvoirs est évidemment celui qui permet au créancier de s'adresser aux organes étatiques compétents, pour obtenir la réalisation forcée de la prestation qui lui est due. Le créancier n'a pas le droit de contraindre le débiteur à exécuter, par une action directe et physique sur sa personne. Cette exécution directe, lorsqu'elle est possible et permise, est toujours faite sous le contrôle du juge et par les organes étatiques. Il en est ainsi pour les obligations de délivrance d'un corps certain ; l'exécution de cette obligation comporte une certaine activité du débiteur qui consiste à livrer la chose ou à mettre le créancier en possession de la chose. Et cette prestation peut être obtenue *manu militari,* sous le contrôle du juge, par une expulsion forcée du débiteur ou une mise en possession forcée du créancier [81]. Mais l'intervention de l'Etat dans cette procédure, ou le droit du créancier à l'intervention de l'Etat, n'est qu'un moyen de réalisation du droit à la prestation, il n'est pas le droit à la prestation.

336. En général, cependant, cette exécution directe, sous le contrôle et par l'intermédiaire des organes étatiques, est impossible. S'il en est ainsi, c'est d'abord parce que notre conception de

80. A la vérité, on ne peut parler de pouvoir d'exiger que s'il y a assujettissement du débiteur. Dans l'obligation naturelle, le débiteur n'est pas juridiquement contraint d'exécuter la prestation et le créancier n'a pas de pouvoir d'exiger, ni de droit à la prestation.

81. Il faut remarquer que le créancier qui a droit à la délivrance sera en même temps titulaire d'un droit sur la chose ; car cette délivrance aura évidemment pour objet de lui permettre d'exercer un pouvoir sur la chose. Ainsi l'acquéreur, le preneur, le commodataire ont droit à la délivrance de la chose en vue de pouvoir exercer leur droit réel sur la chose. L'action en délivrance ou l'action en exécution forcée de la délivrance, peut donc se rapprocher d'une action en revendication qu'exercerait le propriétaire ou le titulaire d'un droit réel contre l'usurpateur de sa chose. Mais de même que l'action en revendication n'est pas le droit de propriété, de même l'action en délivrance ou en exécution forcée, n'est pas le droit à la prestation, mais la sanction de ce droit.

la dignité humaine et de la liberté individuelle nous fait rejeter l'emploi de moyens violents contre les personnes, mais aussi parce que la réalisation de la prestation suppose le plus souvent une participation active du débiteur que l'emploi de violences ne suffirait peut-être pas à obtenir.

Tout au plus permet-on encore au juge d'ordonner parfois l'emprisonnement du débiteur pour que la contrainte ainsi exercée sur sa personne, ou la menace de cette contrainte, l'amène à une exécution volontaire. C'est un but identique que poursuit la pratique judiciaire des astreintes ; par la menace d'une appréciation rigoureuse des dommages-intérêts, le juge incite le débiteur à une exécution volontaire. Contrainte par corps et astreintes sont d'ailleurs, remarquons-le en passant, des institutions qui manifestent bien en pratique l'existence d'un pouvoir du créancier d'exiger la prestation, d'un droit à la prestation.

Mais, à défaut d'une exécution volontaire et devant l'impossibilité d'obtenir, en général, l'exécution forcée *manu militari*, la règle, inscrite dans l'article 1142 du Code civil, selon laquelle « toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages-intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur », prend toute sa valeur. Puisque le débiteur ne peut pas obtenir la satisfaction que l'exécution de la prestation devait lui procurer, on lui accorde un dédommagement pécuniaire, un équivalent pécuniaire de cette satisfaction [82].

337. C'est alors qu'apparaît le droit de gage général. Pour permettre au créancier d'obtenir, à défaut de la prestation, un équivalent pécuniaire de cette prestation, on lui accorde un droit sur les biens de son débiteur, droit qui lui donne le pouvoir de retirer des biens de son débiteur une valeur équivalente à l'intérêt que représente pour lui l'exécution de la prestation.

82. On présente parfois les articles 1143 et 1144 comme des exceptions à la règle de l'article 1142. En réalité, ces articles ne visent pas, à proprement parler, à une exécution en nature, mais à une réparation en nature, et ils ne font, en somme, qu'organiser des procédés particuliers de détermination des dommages-intérêts compensatoires. L'article 1143, par exemple, permet de faire détruire aux dépens du débiteur ce que celui-ci aurait fait en contravention à son engagement ; mais on ne peut pas dire qu'il y ait là exécution forcée ou exécution en nature, puisque le débiteur n'a pas, par hypothèse, exécuté sa prestation, qui était de ne rien faire ; il y aurait exécution forcée si préventivement on l'empêchait de faire ce qu'il ne devait pas faire : en détruisant, à ses frais, ce qu'il a fait, on tend à procurer, en nature, au créancier, une satisfaction équivalente à celle qui aurait résulté de l'exécution de la prestation. De même, l'article 1144 qui permet de faire exécuter l'obligation par un tiers aux dépens du débiteur, n'est pas une exécution forcée de la prestation, c'est un moyen de fournir au créancier, en nature et aux frais du débiteur, le résultat de la prestation et non la prestation elle-même. Du point de vue du débiteur, il y a dans tous ces cas inexécution et dédommagement par équivalent pécuniaire.

Mais ce droit, de même que les autres moyens accordés au créancier pour protéger ses intérêts, ne se confond pas avec le droit à la prestation. Il en constitue un accessoire, une garantie ; mais, par la nature de ses pouvoirs, par son objet, par son contenu interne, il en diffère ; il bénéficie, en outre, d'une protection juridique propre qui achève de lui donner un aspect et une physionomie particuliers.

§ 2

La nature et la protection juridique du droit de gage général

338. Conformément au critérium qui, selon nous, est à la base de la distinction des droits réels et personnels, la nature juridique du droit de gage général doit être déterminée d'après l'objet des pouvoirs qui sont accordés au titulaire de ce droit, donc en fonction du contenu interne de ce droit ; en revanche, son efficacité externe, son degré d'opposabilité aux tiers, nous permettra de mettre en relief la protection juridique dont il bénéficie.

A. — Le contenu interne et la nature juridique du droit de gage général

339. Le droit de gage général permet au créancier de faire saisir et vendre les biens de son débiteur pour en retirer et en toucher la valeur pécuniaire qu'ils représentent. Le droit de gage général confère, donc, au créancier, sous le contrôle des organes judiciaires, le droit de disposer des biens de son débiteur ; en vertu de ce droit de gage, le créancier peut disposer des droits patrimoniaux de son débiteur. Et si l'on compare les pouvoirs qu'obtient ainsi le créancier à ceux qui appartiennent au débiteur, on peut dire que le droit de gage général donne au créancier le pouvoir d'exercer certaines des prérogatives qui forment le contenu du droit de son débiteur.

Envisageons, par exemple, les choses dont le débiteur est propriétaire. L'objet essentiel du droit de gage général est de permettre au créancier de disposer de ces choses, de les faire vendre, pour en obtenir la valeur pécuniaire d'échange ; mais ce pouvoir de disposition n'est autre que l'une des prérogatives qui forment

le contenu du droit de propriété ; et, comme le pouvoir de disposition du propriétaire, le pouvoir de disposition du créancier s'analyse, en définitive, en un pouvoir sur une chose matérielle, c'est-à-dire en un droit réel.

Considérons, maintenant, les droits de créance qui appartiennent au débiteur ; le droit de gage général, lorsqu'il portera sur ces créances, aura pour effet de permettre au créancier d'exiger que l'exécution de la prestation se fasse à son profit, entre ses mains. La saisie-arrêt a, en effet, pour conséquence d'interdire au tiers-saisi de payer entre les mains de son créancier ; et elle permet au créancier saisissant d'exiger le paiement, d'exercer à son profit les droits qui appartenaient à son débiteur. Le pouvoir accordé au créancier en vertu de son droit de gage général est donc celui qui forme le contenu du droit de créance de son débiteur : pouvoir d'exiger la prestation ; le droit de gage du créancier aura alors une nature personnelle.

Le même phénomène apparaît avec les droits sur les choses incorporelles du débiteur. Lorsque le droit de gage frappe ces choses, il permet au créancier d'exercer les pouvoirs de disposition qui appartiennent au débiteur en tant que titulaire de ces droits incorporels ; la nature du droit qu'exerce le créancier est donc identique à celle du droit qui appartient au débiteur sur ces choses incorporelles.

Ainsi, en toutes hypothèses, les pouvoirs que le créancier chirographaire peut exercer en vertu de son droit de gage général sont certains des pouvoirs qui forment le contenu des droits du débiteur. Pour ceux qui admettent l'idée de droit sur droit, il est certain que l'on se trouve ici en présence d'une telle notion ; mais nous pensons que le concept de droit sur droit ne fait que traduire une décomposition des attributs et des prérogatives du second droit, et que le premier droit n'est qu'un droit de contenu différent, mais de même nature que le second [83]. C'est ce qui se produit pour le droit de gage général ; ce droit *a pour contenu des prérogatives qui forment le contenu des droits du débiteur ; il a donc la même nature que les droits qu'il atteint.* Spécialement, le droit de gage général a une nature réelle dans la mesure où il porte sur des choses dont le débiteur a la propriété ou sur lesquelles il a un droit réel de jouissance.

340. Une telle analyse pourra de prime abord susciter quelques réticences. Le droit de gage général, dira-t-on, par exemple,

83. V., *supra*, n° 259.

lorsqu'il porte sur les choses matérielles du débiteur [84], n'est pas le pouvoir de disposer de ces choses ; c'est le pouvoir de les saisir, c'est-à-dire de les faire placer sous main de justice, en vue d'en obtenir une vente forcée, toujours par l'intermédiaire des organes judiciaires. Et c'est sans doute en partant de cette observation, que certains auteurs ont pu arriver à conclure que le droit de gage général n'était pas un droit sur les biens, mais un droit à l'intervention de l'Etat, droit public, de « nature processuelle » [85].

Rocco avait critiqué cette conception avant même qu'elle ne fût développée par M. Carnelutti et d'autres processualistes italiens ; et il avait, par avance, fourni l'argument essentiel de la réponse : l'intervention de l'Etat dans la procédure de saisie et de vente forcée des biens du débiteur n'a pour effet que de réaliser le droit préexistant du créancier sur ces biens [86]. L'analyse de M. Carnelutti a le défaut de confondre le droit de gage général avec ses moyens de protection et de réalisation judiciaire. Que le créancier ait un droit à l'intervention de l'Etat, c'est possible ; mais on pourrait en dire autant pour toute action judiciaire qui suppose le pouvoir d'obtenir l'intervention des organes étatiques en vue d'assurer la protection des droits contestés. Avec le droit à la prestation, nous avons déjà rencontré le droit du créancier à l'intervention de l'Etat pour obtenir l'exécution forcée de la prestation ; et nous avons vu que ce droit ne pouvait être confondu avec le droit à la prestation, car il n'en était qu'un moyen de protection ou de réalisation, sous le contrôle du juge. De même, l'intervention de l'Etat dans la procédure de saisie et de vente forcée ne doit pas être confondue avec le droit de gage général ; c'est en réalité le droit de gage général, le pouvoir de disposition du créancier, qui se réalise sous le contrôle et avec l'aide et la protection des organes étatiques.

341. On pourra également trouver bizarre d'analyser le droit de gage général comme le pouvoir pour le créancier de disposer, sous le contrôle du juge, des biens de son débiteur, puisque ce débiteur conserve ce droit de disposition. En réalité, dira-t-on encore, le droit de gage général ne donne pas à proprement parler

84. Dans les discussions qui vont suivre, nous envisagerons, pour simplifier l'exposé, l'hypothèse du droit de gage général portant sur les choses matérielles du débiteur. Les raisonnements que nous ferons pourraient se faire de façon analogue pour les autres biens du débiteur (droits de créance, ou droits incorporels), qui sont atteints par le droit de gage général.

85. V., *supra*, n° 332, en note.

86. A. Rocco, Riv. dir. com., 1910, p. 684-689.

un droit sur les biens ; on ne peut vraiment concevoir un droit direct du créancier sur les biens du débiteur qu'après la saisie ; seule, cette mesure, en même temps qu'elle individualise le bien sur lequel porte le droit du créancier, entraîne le dessaisissement du débiteur, l'empêche de disposer valablement de son droit.

C'est dans cet esprit que l'on a discuté autrefois la nature juridique du droit résultant de la saisie immobilière. Il s'agissait de déterminer la situation du créancier saisissant lorsque le débiteur avait vendu l'immeuble par acte ayant acquis date certaine, mais non transcrit, avant la transcription du commandement de saisie. Une opinion défendue par Labbé soutenait que la saisie donnait naissance à un droit réel, en sorte que le créancier saisissant était un tiers au sens de la loi de 1855 et pouvait méconnaître toutes aliénations ou constitutions de droits réels transcrites postérieurement à la transcription du commandement de saisie [87]. Beudant s'était fait le défenseur de l'opinion adverse, et prétendait que le créancier saisissant ne pouvait pas se prévaloir du défaut de transcription, car la saisie n'avait pas pu changer la nature de son droit [88]. Quant à la jurisprudence, elle avait adopté une position intermédiaire ; elle reconnaissait la qualité de tiers au créancier hypothécaire, mais non au créancier chirographaire [89]. La controverse a été tranchée par le décret-loi du 17 juin 1938 qui, en modifiant l'article 686 du Code de Procédure civile, a précisé que les aliénations transcrites et les hypothèques inscrites après la transcription du commandement de saisie seraient inopposables aux créanciers même non inscrits. On a pu en conclure que le décret-loi avait ainsi consacré la théorie de Labbé et que la saisie immobilière donnait naissance à un droit réel qui permettait au créancier saisissant d'invoquer la qualité de tiers au sens de la loi de 1855 [90].

342. Nous pensons qu'en réalité le droit du créancier sur les biens préexiste à la saisie ; il naît avec le droit de créance dont il forme l'accessoire et la garantie ; et sa nature n'est pas modifiée par la saisie qui ne fait que renforcer son efficacité, en dessaisis-

87. Labbé, note au S. 1877.1.441.

88. Beudant, note au D. 1878.1.49.

89. Req., 25 juillet 1877 ; S. 1877.1.441, note Labbé ; D. 1878.1.49, note Beudant. — Civ., 31 août 1881 : D. 1882.1.17 ; S. 1882.1.248. — Req., 18 décembre 1888 : D. 1889.1.185, rapport du conseiller Cotelle. — Civ., 22 mai 1935 : D.P. 1936.1.5, note H. Capitant.

90. Cf., Pierre Hébraud, *La réalisation des droits des créanciers dans la saisie immobilière*, D.H. 1939, chronique, p. 21-24. — Beudant, Lerebours-Pigeonnière et Voirin, t. XIII, n° 28. — *Contra :* Ripert et Boulanger, t. II, n° 3282-3283. — Comp., en Italie, Franco Negro, L'exécution forcée engendre-t-elle un droit réel ? Rev. int. dr. comp., 1949, 332.

sant le débiteur du droit de disposer qu'il continuait à pouvoir valablement exercer.

Il faut tout d'abord écarter l'objection qui consiste à dire que le droit de gage général ne peut, avant la saisie, constituer un droit réel, parce qu'il ne porte pas sur un bien déterminé. Cette objection est sans valeur, car l'objet du droit de gage général est parfaitement déterminable et déterminé ; ce droit atteint les choses qui sont dans le patrimoine du débiteur, c'est-à-dire les choses sur lesquelles le débiteur a un droit, et il est toujours possible, à chaque instant, de savoir quelles sont ces choses.

La vérité est que le droit de gage s'éteint lorsque les choses sortent du patrimoine du débiteur, c'est-à-dire lorsque le débiteur aliène le droit qu'il avait sur elles. Et c'est là, évidemment, la particularité du droit de gage général avant la saisie ; c'est un droit essentiellement précaire, car il ne dessaisit pas le débiteur ; celui-ci conserve le pouvoir de disposer de ses droits ; et, lorsqu'il use de ce pouvoir, lorsqu'il aliène valablement une chose qui lui appartenait, le droit du créancier s'évanouit, car il n'est pas opposable aux tiers, il ne suit pas la chose.

Mais, de cette absence du droit de suite, de cette absence d'opposabilité du droit aux tiers qui ont valablement acquis le droit du débiteur, on ne peut conclure à l'inexistence du droit avant la saisie. Il semble d'ailleurs inutile d'insister sur ce point, car il est évident que le droit de gage préexiste à la saisie ; or, avant comme après la saisie, ce droit consiste dans la possibilité de faire vendre les biens du débiteur ; et, si l'on a en général repoussé jusqu'ici l'idée d'un droit réel avant la saisie, c'est moins parce que l'objet du droit de gage n'était pas suffisamment déterminé, que parce que ce droit était inopposable aux tiers. Mais nous savons que là n'est pas le critérium du droit réel. Au surplus, cette inopposabilité aux tiers n'est pas absolue. Le droit de gage général du créancier chirographaire est dans une certaine mesure opposable aux tiers avant la saisie ; il bénéficie même avant la saisie d'une protection juridique, ce qui prouve bien qu'il préexiste à la saisie.

B. — L'efficacité externe et la protection juridique du droit de gage général

343. On comprend facilement pourquoi le droit de gage général ne comporte pas de droit de suite, pourquoi il n'est pas opposable aux tiers acquéreurs.

Il est évident que l'on ne pouvait faire porter le droit de gage

général sur tous les biens présents et à venir du débiteur et permettre en même temps au créancier d'exercer ce droit contre les tiers qui seraient devenus acquéreurs de ces biens. Une telle mesure eût complètement paralysé tout commerce juridique. Nul n'aurait pu acquérir un bien sans se trouver à la merci d'une poursuite ultérieure d'un créancier de son auteur, créancier dont il lui serait souvent impossible de connaître l'existence.

D'autre part, il faut remarquer que si le droit de gage général a une assiette extrêmement large, puisqu'il atteint tous les droits patrimoniaux du débiteur, son exercice et sa portée réelle sont limités par l'étendue de la créance dont il constitue l'accessoire. Le créancier peut exercer son droit sur n'importe quel bien saisissable du débiteur, mais il ne peut saisir et faire vendre que la quantité de biens qui est nécessaire pour lui assurer le dédommagement auquel il peut prétendre. Le créancier n'a donc aucun intérêt à poursuivre les biens qui sont sortis du patrimoine du débiteur lorsqu'il reste dans ce patrimoine suffisamment de biens pour lui permettre d'exercer utilement son droit.

Ainsi, tant que le débiteur conserve suffisammnt d'actif pour garantir toutes ses dettes, on comprend très bien qu'on lui laisse le pouvoir de disposer librement de ses biens et que les tiers acquéreurs soient à l'abri de toute poursuite. Cette règle est nécessaire pour ne pas paralyser l'activité du débiteur ; elle ne nuit pas au créancier qui pourra exercer son droit sur les biens restants.

Le problème se pose différemment lorsque le passif du débiteur est au moins égal à son actif, c'est-à-dire lorsque tous les biens saisissables du débiteur sont nécessaires pour garantir ses dettes. A partir de ce moment, toutes aliénations, tous actes par lesquels le débiteur diminue la consistance de son patrimoine, portent atteinte à l'exercice du droit de gage général des créanciers. Ces créanciers ont alors intérêt à ce que le débiteur perde ses pouvoirs de disposition ; c'est à ce moment que l'opposabilité du droit de gage général aux tiers acquéreurs devient utile et peut être envisagée.

Or, c'est précisément dans cette hypothèse que le droit de gage général bénéficie d'une certaine opposabilité aux tiers grâce à l'action paulienne.

344. L'action paulienne est la véritable sanction du droit de gage général du créancier chirographaire ; elle constitue la protection de ce droit de gage contre les actes frauduleux qui en empêchent l'exercice.

On a souvent discuté sur la nature de l'action paulienne. On

s'est demandé s'il s'agissait d'une action en nullité, ou d'une action en indemnité fondée sur un délit, la fraude [91]. En réalité, il semble que l'action paulienne tienne à la fois de ces deux actions, mais ne se ramène entièrement ni à l'une, ni à l'autre.

Par ses effets, l'action paulienne se rapproche de la nullité ; cependant, il ne s'agit pas d'une véritable nullité, mais plus exactement d'une inopposabilité [92]. L'acte, en effet, n'est pas annulé ; il reste valable dans les rapports entre le débiteur et le tiers, de même qu'aux yeux des autres créanciers ; il est simplement révoqué dans la mesure de l'intérêt du créancier poursuivant, c'est-à-dire qu'il est inopposable à ce créancier dans la mesure nécessaire à l'exercice de son droit de gage général. Par son résultat, l'action paulienne constitue donc une action en inopposabilité de l'acte frauduleux au créancier poursuivant ; ou, en l'envisageant sous l'angle opposé, une action en opposabilité du droit de gage général du créancier poursuivant au tiers acquéreur. L'action paulienne a donc pour conséquence de rendre opposable aux tiers acquéreurs le droit de gage général du créancier.

Mais à quelles conditions cette opposabilité jouera-t-elle ? C'est ici que l'on a pu rapprocher l'action paulienne d'une action en indemnité ; comme celle-ci, elle suppose un préjudice et une fraude. Le préjudice que subit le créancier consiste, nous l'avons vu, dans l'insolvabilité du débiteur, créée ou aggravée par l'acte frauduleux qu'il a accompli [93]. Quant à la fraude du débiteur, on exige en général qu'elle comporte l'intention de nuire au créancier ; mais, lorsqu'il s'agit en fait de prouver cette intention, on se contente de la preuve que le débiteur avait connaissance de son état d'insolvabilité ; et l'on a pu discerner dans la jurisprudence récente la tendance à ramener la fraude du débiteur à la simple connaissance du préjudice, c'est-à-dire de l'insolvabilité [94].

Mais la véritable difficulté est de savoir quels seront les tiers qui seront atteints par l'action paulienne ; quels sont ceux auxquels le droit de gage général sera opposable ? On ne peut pas, en effet, ignorer l'intérêt légitime du tiers acquéreur ; celui-ci a régulièrement acquis un bien d'un individu qui en était propriétaire, et il a pu ne pas connaître l'état d'insolvabilité de son auteur, ne

91. Acher, *Essai sur la nature de l'action paulienne*, Rev. trim. dr. civ., 1906, p. 800. — Grouber, *L'action paulienne en droit civil français contemporain*, thèse, Paris, 1913, n° 251 et s. — H. Sinay, *Action paulienne et responsabilité délictuelle à la lumière de la jurisprudence récente*, Rev. trim. dr. civ., 1948, p. 183 et s.

92. Cf., Grouber, *op. cit.*, n° 254. — Bastian, thèse citée, p. 158 et s. — H. Sinay, *op. cit.*, p. 185.

93. V., Radouant, note au D.P. 1939.2.81.

94. V., H. Sinay, *op. cit.*, n°s 6 à 9.

pas savoir que le bien était nécessaire à l'exercice du droit de gage général du créancier. Comme dans tout conflit de droit, il se pose alors un problème de politique juridique : lequel des deux intérêts en présence va-t-on préférer ? Celui du créancier dont le droit est antérieur, ou celui du tiers acquéreur dont le droit, bien que postérieur, a été acquis régulièrement et, on le suppose, de bonne foi ? Traditionnellement, on fait une distinction entre le tiers acquéreur à titre gratuit et le tiers acquéreur à titre onéreux. Dans le premier cas, on estime préférable l'intérêt du créancier [95] ; le droit de gage général est opposable au tiers acquéreur à titre gratuit, en vertu de l'action paulienne, même si ce tiers a été de bonne foi. Dans le deuxième cas, la préférence est accordée au tiers acquéreur ; l'acquisition faite à titre onéreux sera à l'abri de l'action paulienne si le tiers acquéreur est de bonne foi. Le créancier ne peut faire valoir ses droits que si le tiers a été complice de la fraude du débiteur. Comme pour la fraude du débiteur, cette complicité de fraude est appréciée diversement : certains arrêts semblent se contenter du simple fait que le tiers acquéreur connaissait l'insolvabilité du débiteur [96] ; mais d'autres exigent une intention de nuire, un accord frauduleux du débiteur et du tiers, sauf à se contenter parfois de la présumer par la connaissance de l'insolvabilité [97].

345. Les conditions essentielles de l'action paulienne gravitent donc autour de la notion d'insolvabilité ; et cela est parfaitement normal, puisque nous avons vu que ce n'est qu'en cette hypothèse que le droit de gage général est menacé et que son opposabilité aux tiers acquéreurs présente un intérêt.

On ne peut que s'étonner, dans ces conditions, de voir la jurisprudence appliquer l'action pauiienne dans des hypothèses où il n'y a pas à proprement parler d'insolvabilité, et que l'on désigne

95. Il nous paraît inutile de vouloir expliquer cette solution par des considérations de technique juridique (v., H. Sinay, *op. cit.*, n° 19 et s.) ; elle se justifie suffisamment par une raison de politique juridique ; lorsqu'un débiteur insolvable fait des donations, on préfère ses créanciers aux donataires. V., sur cette question, Grouber, *op. cit.*, n° 128 et s.

96. V., Req., 22 août 1882 : D. 1883.1.296 ; S. 1883.1.25, note Lacointa. — Req., 17 mars 1909 : S. 1909.1.256. — Paris, 23 juillet 1937 : D.H. 1937.454.

97. V., Req., 25 juin 1895 : D. 1895.1.486 ; S. 1899.1.491. — Montpellier, 7 juillet 1932 : D.P. 1933.2.97, note Nast. — Civ., 17 juillet 1945 : Gaz. Pal. 1945.2.143. — Peut-être peut-on expliquer ces divergences des solutions jurisprudentielles par le fait que le tiers, tout en connaissant l'insolvabilité, peut avoir, en raison même de cette insolvabilité, un intérêt légitime à agir — ainsi le créancier qui se fait consentir une sûreté réelle — qui suffit à mettre son action à l'abri des reproches des créanciers lorsqu'il n'est pas prouvé qu'il a agi avec l'intention de nuire à ces créanciers (cf., Nast, note au D.P. 1933.2.97).

sous le nom de créance à droit ou à gage spécialisé [98]. Dans le premier cas, il s'agit d'une créance qui est relative à un bien déterminé ; il est certain que l'aliénation de ce bien, en mettant obstacle à l'exécution de la créance, cause un préjudice au créancier ; il en est saisi, par exemple, de la vente consentie au mépris d'une promesse de vente. Dans le deuxième cas, il s'agit de créanciers ayant un gage spécial sur un bien déterminé ; il est certain également que les actes qui diminuent la valeur de ce bien causent un préjudice à ces créanciers ; ainsi en est-il d'une délégation de loyers portant sur des immeubles hypothéqués qui allaient être saisis, puisqu'après la transcription du procès-verbal de saisie les loyers auraient été immobilisés. Dans toutes ces hypothèses, la jurisprudence a parfois fait appel à l'action paulienne pour annuler l'acte préjudiciable au créancier [99].

Cette jurisprudence a été critiquée, et M. Radouant a pu, avec raison, lui reprocher d'aboutir à la confusion des moyens juridiques [100]. Certes, à la base de toutes ces hypothèses, on trouve un élément commun avec l'action paulienne : une fraude qui préjudicie aux intérêts du créancier. Mais le domaine traditionnel de l'action paulienne est limité à la protection du droit de gage général du créancier ; cette action n'a pas un rôle de protection générale du créancier contre toutes les fraudes possibles du débiteur. Un créancier, comme le remarque M. Radouant, peut être victime de la fraude de son débiteur, relativement aux diverses prérogatives que lui confère sa situation : droit à la prestation, droit de gage général, et éventuellement garantie spéciale sur un bien déterminé.

Dans le cas d'une vente consentie au mépris d'une promesse de vente, il n'y a pas atteinte au droit de gage général du créancier puisque le débiteur peut parfaitement être solvable. Si l'on permet l'annulation de la vente lorsque l'acquéreur est de mauvaise foi, c'est parce que cet acquéreur avait l'obligation de respecter le droit de créance dont il avait connaissance, et qu'en achetant il se rendait complice de l'inexécution de l'obligation du débiteur. Nous avons vu que l'action en responsabilité contre le tiers complice ne faisait en somme que traduire l'opposabilité du droit

98. V., Grouber, *op. cit.*, n° 263 et s.

99. V., pour le cas d'une promesse de vente, Nancy, 4 avril 1906 : D. 1908. 1.148. — Req., 12 janvier 1926 : D.H. 1926.116 ; S. 1926.1.183. — Paris, 5 juillet 1926 : D.H. 1926.472. — Req., 12 juin 1929 : D.H. 1929.445. — Pour le cas d'un acte portant préjudice aux droits d'hypothèque, Paris, 23 juillet 1937 : D.P. 1939.1.81, note Radouant ; comp., Civ., 24 août 1847 : D. 1847. 1.329. — Req., 27 novembre 1894 : D. 1895.1.277. — Soc., 19 décembre 1941 : D.C. 1942.65 ; J.C.P. 1942.II.1809, obs. E. Becqué.

100. Radouant, note précitée. — H. Sinay, *op. cit.*, n° 13.

de créance aux tiers qui en avaient eu connaissance [101]. A cet égard, il y a un rapprochement intéressant à faire entre cette action et l'action paulienne : toutes deux tendent à assurer la protection des droits du créancier, elles en sanctionnent l'opposabilité aux tiers. Mais leur objet précis est différent : l'une, l'action en responsabilité contre le tiers complice, protège le droit à la prestation ; l'autre, l'action paulienne, protège le droit de gage général.

SECTION II

Les sûretés réelles

346. Il nous est maintenant possible de déterminer la nature juridique des garanties spéciales qui sont accordées à un créancier sur un ou plusieurs biens de son débiteur et que l'on désigne sous le nom de sûretés réelles.

Le propre de ces sûretés est de renforcer sur un bien déterminé l'efficacité des pouvoirs qui appartenaient déjà au créancier sur ce bien, en vertu de son droit de gage général. Elles ont, le plus souvent, pour unique effet d'accorder au créancier un droit de préférence ou un droit de suite, c'est-à-dire de permettre au créancier d'exercer son droit par préférence aux autres créanciers, ou d'opposer son droit aux tiers acquéreurs, sans réunir les conditions de l'action paulienne. Il n'y a que l'antichrèse et le droit de rétention qui donnent au créancier des pouvoirs différents de ceux qu'il pouvait déjà exercer en tant que créancier chirographaire.

Mais la nature réelle ou personnelle de ces droits de garantie ne dépend pas de l'existence ou de l'absence du droit de suite. Cette nature sera identique à celle du droit que le créancier aurait exercé sur le bien envisagé en vertu de son droit de gage général, puisqu'il s'agit des mêmes pouvoirs dont l'opposabilité aux tiers est simplement plus étendue.

De même, la reconnaissance de leur nature réelle ne doit pas entraîner nécessairement l'octroi du droit de suite. Droit de préférence et droit de suite sont accordés au créancier soit en raison de l'intérêt particulier que le législateur porte à telle créance, soit parce qu'il a été possible d'organiser une publicité permettant de faire connaître aux autres créanciers ou aux tiers acquéreurs l'affectation spéciale de tel bien à la garantie de telle créance.

101. V., *supra*, n° 189-191.

Il suffit de passer en revue ces droits spéciaux de garantie pour voir comment ils renforcent les pouvoirs qui appartiennent déjà au créancier en sa seule qualité de créancier chirographaire et montrer que leur nature est identique à celle du droit que possède le créancier sur le bien envisagé en vertu de son droit de gage général.

A. — Le nantissement

347. Le nantissement est un contrat qui a pour objet d'affecter un bien du débiteur à la garantie particulière d'une créance. L'article 2071 du Code civil le définit : « un contrat par lequel un débiteur remet une chose à son créancier pour sûreté de la dette ».

Le nantissement apparaît donc, tout d'abord, comme un dessaisissement du débiteur ; il transfère au créancier la possession de la chose. Mais les effets du nantissement sont différents selon qu'il a pour objet un meuble ou un immeuble. Dans le premier cas, il porte le nom de gage, dans le second celui d'antichrèse (art. 2072, C. civ.).

1° Le gage

348. Selon le Code civil, le gage sur meubles corporels suppose nécessairement une dépossession du débiteur, soit au profit du créancier, soit au profit d'un tiers convenu entre les parties (art. 2076). Cette dépossession est importante, car elle permet de faire connaître l'existence du gage aux tiers et elle explique ainsi les effets juridiques qui sont reconnus à ce gage.

Tout d'abord, le créancier gagiste étant en possession, on l'autorise à conserver cette possession, à retenir la chose remise en gage, jusqu'à complet désintéressement. Il profite ainsi d'un droit de rétention, analogue à celui qui est accordé dans certains cas au créancier chirographaire et qui constitue, nous le verrons, un droit direct sur la chose, opposable aux tiers.

Le créancier gagiste bénéficie en outre d'un privilège ou d'un droit de préférence qui lui permet de faire vendre la chose donnée en gage et de s'en faire attribuer le prix par préférence aux autres créanciers. Le créancier gagiste exerce alors les mêmes pouvoirs que ceux qui sont reconnus à tout autre créancier, mais il les exerce par préférence aux autres créanciers. Comme le droit de gage général lorsqu'il porte sur des choses matérielles, le droit du

créancier gagiste sur meubles corporels est un droit réel ; c'est seulement un droit réel qui bénéficie d'un rang préférentiel d'exercice par rapport aux droits identiques qui pourraient atteindre ces choses.

Mais la conservation de ce privilège ou de ce rang de préférence est liée à la conservation de la possession par le créancier ; seule, cette possession permet de renseigner les créanciers sur l'existence du privilège et d'éviter certaines fraudes [102].

Toutefois, le créancier gagiste peut revendiquer la chose s'il en a été dépouillé sans sa volonté et dans la mesure où la revendication des meubles est admise par les articles 2279 et 2280. Le droit du créancier gagiste n'est donc opposable au tiers détenteur que si celui-ci est de mauvaise foi. Solution qui concorde avec l'opposabilité des droits réels sur meubles corporels.

349. La dépossession effective du débiteur constitue donc un moyen efficace de protection du créancier, mais elle entraîne également une gêne pour le débiteur, privé de l'usage de la chose mise en gage. Aussi a-t-on assisté depuis la fin du XIX^e^ siècle à un développement continuel d'institutions multiples que l'on désigne sous le nom de gages sans dépossession [103]. La nature de ces institutions est assez incertaine. Certains auteurs, estimant que la dépossession du débiteur est de l'essence du gage, ont pu penser qu'il s'agissait de véritables hypothèques mobilières [104]. La solution est exacte pour les sûretés qui portent sur certains meubles immatriculés, tels que les navires, bateaux et aéronefs. De même, le nantissement des fonds de commerce se rapproche davantage de l'hypothèque que du gage ; il consiste essentiellement dans l'affectation spéciale d'un bien à la garantie d'une créance, affectation qui est rendue opposable aux autres créanciers et aux tiers acquéreurs grâce à l'organisation d'une publicité particulière [105]. Mais le problème est différent pour les warrants à domicile ; on considère en effet que le warrant, rendu public par la transcription, représente la chose warrantée et confère au porteur une possession équivalente à la possession réelle [106] ; les effets du war-

102. Beudant, Lerebours-Pigeonnière et Voirin, t. XIII, n° 169.

103. V., J. Hamel, *Le gage sans dépossession*, D. 1945, chron., p. 37. — Beudant, Lerebours-Pigeonnière et Voirin, t. XIII, n° 177 et s. — R. Roblot, *Les sûretés mobilières sans déplacement*, Etudes G. Ripert, t. II, p. 362 et s.

104. Josserand, t. II, n° 1662. — Comp., Planiol, Ripert et Becqué, t. XII, n° 254.

105. Cf., Planiol, Ripert et Becqué, t. XII, n^os^ 254-255. — Beudant, Lerebours-Pigeonnière et Voirin, t. XIII, n° 343. — R. Roblot, *op. cit.*, n° 3.

106. Cf., Planiol, Ripert et Becqué, t. XII, n° 262. — Beudant, Lerebours-Pigeonnière et Voirin, t. XIII, n° 177. — Civ., 23 avril 1918 : D. 1919.1.33, note Capitant ; S. 1919.1.153, note Lyon-Caen.

rant sont alors calqués sur ceux du gage, la transcription jouant le rôle d'une dépossession ; ainsi, au cas de vente antérieure au warrantage, le porteur de warrant est préféré à l'acquéreur si l'objet n'a pas été encore livré à cet acheteur, et ce même porteur peut revendiquer le bien entre les mains d'un tiers détenteur de mauvaise foi. Mais la transcription du warrant ne suffit pas à rendre le tiers acquéreur de mauvaise foi, car l'acquéreur n'est pas obligé de lever au greffe de justice de paix l'état des warrants. La protection du créancier porteur de warrant est donc loin d'être aussi efficace que celle qui résulte de l'hypothèque, et la transcription du warrant n'équivaut pas parfaitement à une dépossession réelle.

En réalité, l'opposabilité aux tiers du droit du créancier pose toujours le même problème : elle ne peut jouer que si le tiers avait connaissance de ce droit ; la dépossession réelle assure cette connaissance ; la transcription ne peut jouer le même rôle que si le tiers a la possibilité d'en connaître l'existence et l'obligation de se renseigner ; un tel système a été en principe écarté en matière mobilière pour ne pas gêner la sécurité et la rapidité de transactions ; il fonctionne cependant pour certains meubles qui sont soumis à un classement administratif qui permet une individualisation et leur assure une situation juridique fixe (navires, bateaux de rivière, aéronefs, véhicules automobiles, fonds de commerce), et la loi du 18 janvier 1951 vient de l'appliquer au nantissement de l'outillage et du matériel d'équipement [107]. On revient toujours ainsi à la même idée : le droit de suite n'est pas nécessairement lié à la nature réelle du droit ; son existence dépend de la possibilité de faire connaître le droit aux tiers et de leur en imposer le respect sans trop paralyser le fonctionnement des transactions.

350. Lorsque le gage a pour objet un meuble incorporel et plus spécialement une créance du débiteur, la dépossession du débiteur apparaît encore comme une fiction, car il n'y a pas de possession au sens technique du mot pour les créances. On a simplement réalisé une imitation de la dépossession au moyen de la remise du titre de créance. En réalité, ce qui est essentiel ici pour assurer une protection efficace du droit du créancier, c'est d'in-

107. V., G. Ripert, *Le nantissement de l'outillage et du matériel d'équipement (loi du 18 janvier 1951)*, D. 1951, chron., p. 41 et s., n° 5. — A. Cohen, *Le nantissement de l'outillage et du matériel d'équipement (loi du 18 janvier 1951)*, J.C.P. 1951.I.912, n° 45 et s. — A. Jauffret, *La loi du 18 janvier 1951 sur le nantissement de l'outiliage et du matériel d'équipement*, Rev. trim. dr. com., 1951, 201 et s.

terdire au débiteur de la créance engagée de se libérer en d'autres mains que celles du créancier gagiste. Ce résultat est obtenu grâce à la signification du gage « au débiteur de la créance donnée en gage » (article 2075) : et l'on assimile à cette signification l'acceptation du gage par le débiteur dans un acte authentique [108]. Le droit du créancier gagiste est alors opposable aux tiers cessionnaires de la créance ou aux créanciers gagistes postérieurs, qui avant de traiter n'auront qu'à se renseigner auprès du débiteur. Si la créance est constatée par un titre nominatif ou à ordre, on a recours à des procédés analogues à ceux par lesquels on réalise la cession de ces créances : transfert de garantie ou endossement pignoratif ; quant au titre au porteur, sa remise au créancier le rend seul susceptible de pouvoir réclamer le paiement.

Par tous ces moyens, on rend possible l'opposabilité du droit du créancier aux tiers, car ceux-ci seront avertis de l'existence de ce droit. On permet au créancier gagiste d'exiger que le paiement ait bien lieu à son profit, et on l'autorise à méconnaître le paiement qui serait fait à d'autres personnes. Mais le droit qui appartient au créancier gagiste dans cette hypothèse est le droit d'exiger la prestation du débiteur de la créance engagée ; c'est un droit de **nature personnelle et non un droit réel** [109].

2° L'antichrèse

351. L'antichrèse est le nantissement immobilier. Le créancier antichrésiste obtient la possession de l'immeuble. Nous avons déjà vu qu'il avait un droit d'exploitation ou de jouissance de l'immeuble, qui lui permettait d'en percevoir les fruits, à charge de les compenser avec les intérêts et éventuellement le capital qui lui sont dus. Il peut également exercer le droit de rétention qui lui permet de conserver la possession et la jouissance de l'immeuble jusqu'au paiement de la dette garantie, malgré les aliénations dont l'immeuble pourrait faire l'objet. Toutefois, la constitution d'antichrèse est soumise à transcription, et le créancier antichrésiste ne peut faire valoir son droit de rétention contre les tiers qui auraient acquis un droit réel sur l'immeuble et l'auraient **publié avant le sien** [110].

108. Civ., 29 janvier 1909 : D. 1910.1.52.

109. Cf., Quincarlet, *op. cit.*, p. 437 et s. — Imbroane, *Nature juridique du gage des créances*, thèse, Paris, 1939, notamment p. 147 et s. — Ripert et Boulanger, t. II, n° 3483.

110. Paris, 12 janvier 1895 : D. 1896.2.57, note Cézar-Bru.

Droit de jouissance et droit de rétention constituent des droits réels opposables aux tiers sous réserve des règles de la transcription, mais ils confèrent au créancier des pouvoirs différents de ceux qu'il peut exercer en tant que créancier (pouvoir de faire saisir et vendre l'immeuble pour en toucher le prix). De ce point de vue, on a discuté pour savoir si le créancier antichrésiste bénéficiait d'un droit de préférence ; la jurisprudence s'est prononcée pour l'affirmative [111]. En revanche, il est unanimement admis qu'il n'a pas de droit de suite ; le débiteur conserve la possibilité de disposer de l'immeuble et le créancier antichrésiste ne peut le saisir entre les mains du tiers acquéreur. Il ne peut que s'opposer à la mise en possession de l'acquéreur tant qu'il n'a pas reçu paiement, mais c'est là l'effet du droit de rétention qui appartient à l'antichrésiste.

B. — L'hypothèque

352. Comme le nantissement, l'hypothèque a pour but d'affecter un bien à la garantie particulière d'une créance. Mais l'hypothèque n'entraîne aucun dessaisissement, pas même fictif, du débiteur. Celui-ci conserve la possession du bien hypothéqué. Il conserve même le droit de disposition. Cela explique que le créancier hypothécaire soit tenu, avant de réaliser son droit, de faire procéder à la saisie du bien hypothéqué. Seule, la saisie enlève au débiteur tout pouvoir de disposition ; après la saisie, le créancier hypothécaire peut méconnaître totalement les aliénations qui seraient faites, et il n'est pas tenu de procéder contre l'acquéreur conformément à l'article 2169 du Code civil, comme il doit le faire pour les aliénations antérieures à la saisie [112]. Mais, si le débiteur conserve, malgré l'hypothèque, un certain pouvoir de disposition, il ne peut pas s'approprier la valeur économique que permet d'obtenir cette disposition. Cette valeur est en quelque sorte accaparée par le créancier hypothécaire, qui peut la réaliser en faisant vendre le bien en quelques mains qu'il soit passé.

En fait, les pouvoirs du créancier hypothécaire ne sont pas différents de ceux du créancier chirographaire ; ils consistent, pour tous deux, dans la possibilité de faire saisir et vendre certains

111. Civ., 29 août 1865 : D. 1865.1.329 ; S. 1865.1.463. — Req., 24 janvier 1872 : D. 1872.1.353 ; S. 1872.1.21. — V., Planiol, Ripert et Becqué, t. XII, n° 299. — Beudant, Lerebours-Pigeonnière et Voirin, t. XIII, n° 237. — Colin, Capitant et Julliot de la Morandière, t. II, n° 1004.

112. V., art. 686, C. Proc. civ. ; et Civ., 22 mai 1935 : D.P. 1936.1.5, note Capitant.

biens du débiteur pour en retirer la valeur économique que représente la disposition de ce bien. Le créancier hypothécaire bénéficie simplement d'un droit préférable aux droits de même nature que les créanciers chirographaires peuvent exercer sur les mêmes biens, et d'un droit plus efficace en ce sens qu'il peut être opposé aux tiers acquéreurs. Droit de préférence et droit de suite, qui, en somme, renforcent l'efficacité du droit du créancier hypothécaire, ont pu être institués grâce à l'organisation d'une publicité qui permet de faire connaître aux tiers intéressés — autres créanciers, et tiers acquéreurs — l'affectation spéciale de la valeur du bien hypothéqué à la garantie de telle créance. Mais, par leur structure interne, par les pouvoirs qu'ils confèrent au créancier sur la chose, les droits du créancier chirographaire et du créancier hypothécaire sont de même nature.

C. — Les privilèges

353. Tous les privilèges ont un caractère commun ; ils constituent, pour le créancier qui en bénéficie, une cause de préférence dans l'exercice de son droit de gage sur certains biens du débiteur. Le créancier privilégié exerce sur les biens du débiteur les mêmes pouvoirs que le créancier chirographaire ou le créancier hypothécaire : il peut faire saisir et vendre les biens du débiteur pour en obtenir le prix ; et, s'il s'agit de créances, il peut exiger à son profit l'exécution de la prestation. La nature du droit qui appartient au créancier privilégié est donc identique à celle du droit que possède le créancier chirographaire sur les biens grevés du privilège ; spécialement, il s'agit d'un droit réel si le bien est une chose matérielle du débiteur, et d'un droit personnel si le bien est une créance du débiteur. L'effet propre du privilège est de permettre au créancier privilégié d'exercer son droit par préférence aux autres créanciers.

354. Ce droit de préférence s'accompagnera, en principe, d'un droit de suite, c'est-à-dire de la possibilité de faire valoir le droit contre un tiers acquéreur. Mais ce droit de suite pourra faire défaut ou être paralysé en certaines hypothèses [113], pour ne pas porter une atteinte trop grave à la sécurité des transactions et respecter l'intérêt des tiers acquéreurs de bonne foi. En matière immobilière, l'exercice du droit de suite est subordonné au

113. V., Beudant, Lerebours-Pigeonnière et Voirin, t. XIII, n° 295 et s.

respect des formalités de publicité qui permettent de renseigner les tiers intéressés (article 2166). En matière mobilière, le droit de suite est soumis en principe à la règle générale d'opposabilité des droits réels mobiliers que traduit l'article 2279 : opposabilité aux seuls acquéreurs de mauvaise foi. L'article 2102, 1°, comporte cependant une exception à cette règle en ce qui concerne le privilège du bailleur sur les meubles qui garnissent la maison louée ou la ferme, et sur les fruits de la récolte de l'année ; ce texte permet au bailleur de saisir les meubles, malgré la bonne foi de l'acquéreur, lorsqu'ils ont été déplacés sans son consentement ; mais ce droit de suite doit être exercé dans un délai très bref : quarante jours pour le mobilier garnissant une ferme ; quinze jours pour celui garnissant une maison. En outre, les intérêts du tiers acquéreur sont sauvegardés lorsque sa bonne foi était en quelque sorte invincible, parce qu'il n'avait aucun moyen de soupçonner l'existence du privilège ; le bailleur doit rembourser à l'acquéreur le prix d'achat des meubles lorsqu'ils ont été acquis dans une foire, marché, vente publique, ou chez un marchand vendant des choses pareilles (art. 2280, al. 2 ajouté par la loi du 11 juillet 1892).

D. — Le droit de rétention

355. Le droit de rétention est le droit pour le créancier qui détient une chose appartenant au débiteur de la retenir jusqu'au paiement de certaines créances qui lui sont dues.

Nous avons vu que ce droit était accordé au créancier gagiste ; il peut appartenir également à un créancier chirographaire. Peu nous importent ici les difficultés auxquelles a donné lieu la détermination de son domaine d'application [114]. Seuls nous intéressent sa nature et ses effets.

Il ne fait aucun doute, selon nous, que le droit de rétention doit être rangé dans la catégorie des droits réels [115]. Ce droit accorde, en effet, au créancier un pouvoir sur la chose du débiteur : pouvoir de détenir la chose, d'en conserver la possession matérielle. Ce pouvoir constitue un avantage incontestable pour le créancier, car il lui assure une garantie supplémentaire pour le paiement de

114. V., Cassin, *L'exception tirée de l'inexécution dans les rapports synallagmatiques*, thèse, Paris, 1914, p. 139-190. — Planiol, Ripert et Esmein, t. VI, n° 444 et s. — Beudant, Lerebours-Pigeonnière et Voirin, t. XIII, n° 272-280.

115. Comp., Cassin, *op. cit.*, p. 670 et s.

sa créance ; en effet, bien que le créancier n'ait pas, en vertu de son droit de rétention, un droit de préférence pour l'exercice de son droit de gage général sur le bien retenu, il obtiendra, en fait, un paiement préférable, car il pourra s'opposer à la remise de la chose tant qu'il n'aura pas reçu un paiement volontaire du débiteur. Enfin, ce pouvoir n'est pas un pouvoir de fait, il est reconnu et accordé par l'ordre juridique. Il constitue donc un droit : droit réel de garantie sur la chose d'autrui.

356. La question du droit de suite ou de l'opposabilité aux tiers du droit de rétention doit être examinée à deux points de vue.

En premier lieu, ce droit étant lié à la détention, il est perdu par un dessaisissement volontaire du débiteur ; de ce point de vue, il n'est certainement pas opposable aux tiers, c'est-à-dire qu'il ne comporte pas un droit de suite ; la seule question qui se pose est de savoir si ce droit peut renaître au cas où le créancier est remis en possession de la chose [116]. En second lieu, lorsque le rétenteur est en possession, il s'agit de savoir à quels tiers le droit est opposable. Les auteurs sont en désaccord : pour les uns, ce droit est opposable à tous les tiers [117] ; pour d'autres, il n'est opposable qu'au débiteur et à ses créanciers ; d'autres, enfin, font une distinction selon l'origine du droit de rétention [118]. Il semble préférable de conclure que le droit de rétention est opposable à tous : aux tiers acquéreurs comme aux créanciers [119] ; sinon, il présenterait peu d'intérêt, puisque le débiteur pourrait l'anéantir en aliénant la chose retenue. Mais, pour ne pas troubler de façon dangereuse la sécurité des transactions, il faut cependant réserver le cas des tiers qui auraient acquis, antérieurement à la naissance du droit de rétention, un droit sur le bien retenu, et l'auraient conservé suivant le régime de publicité qui lui est applicable [120]. Le droit de rétention ne saurait être opposable à ces tiers.

116. V., Beudant, Lerebours-Pigeonnière et Voirin, t. XIII, n° 283.
117. Cf., Cassin, *op. cit.*, p. 663-679. — Josserand, t. II, n° 1.
118. V., sur ces points, Beudant, Lerebours-Pigeonnière et Voirin, t. XIII, n° 285.
119. Civ., 31 mars 1851 : D. 1851.1.65 ; S. 1851.1.305. — Req., 13 mai 1861 : S. 1861.1.865. — Civ., 8 décembre 1868 : D. 1869.1.76 ; S. 1869.1.272. — Req., 23 mai 1881 : S. 1881.1.312. — Bordeaux, 18 juin 1900 : D. 1901.2.73, note Lacour ; S. 1904.2.137, note Wahl.
120. Cf., E. Becqué, note du J.C.P. 1942.II.1874. — Beudant, Lerebours-Pigeonnière et Voirin, t. XIII, n° 287.

CONCLUSION

357. L'objectif initial de notre travail était de rechercher si la législation moderne sur les baux avait transformé la nature juridique du droit du preneur à bail. Prenant pour acquis les résultats de la théorie classique et traditionnelle qui considérait le droit du preneur comme un simple droit de créance, nous avons procédé à la confrontation de cette théorie avec les éléments nouveaux apportés dans la discussion par la législation moderne. Il nous est alors apparu que les arguments sur lesquels s'appuyait la solution classique n'étaient pas suffisamment ébranlés par la nouvelle législation pour que l'on puisse conclure à la transformation de la nature juridique du droit du preneur. Mais, en même temps, l'analyse des nouveaux droits du preneur à bail d'immeuble nous permettait de sentir combien la théorie classique paraissait en contradiction avec la réalité des faits qui nous montraient le preneur possédant des pouvoirs très étendus sur l'immeuble loué et les exerçant dans une indépendance de plus en plus grande à l'égard du bailleur. C'est pourquoi il nous a paru nécessaire de reprendre à sa base l'étude de la nature juridique du droit du preneur.

Nos recherches nous ont conduit sur un domaine plus large que la simple analyse des rapports juridiques qui naissent du contrat de bail. Nous avons dû prendre parti sur la distinction des droits réels et des droits de créance, en préciser le fondement afin d'en déterminer le critérium.

Nous n'avons pas la prétention d'avoir fait sur ce point des découvertes sensationnelles. Bien au contraire, nous n'hésitons pas à affirmer que toutes les idées que nous avons développées avaient déjà été plus ou moins exposées ou défendues. Nous avons seulement voulu, en les coordonnant, essayer d'en tirer les conséquences qu'elles impliquent.

Les résultats auxquels nous sommes parvenu peuvent facilement se résumer.

358. Avant toute chose, il est nécessaire de rappeler l'unité fondamentale des droits réels et des droits de créance. Tous ces

droits ont pour but de réglementer les rapports de la vie en société et ils s'analysent essentiellement en des rapports juridiques entre plusieurs personnes. Cette observation, qui est à la base des théories personnalistes, met en relief l'aspect relatif de la distinction des droits réels et des droits de créance, mais elle n'implique pas que cette distinction soit impossible. Bien que ces droits correspondent à une notion unique, qui est celle de droit subjectif, ils peuvent cependant se distinguer par leur structure.

Un droit peut, en effet, être envisagé sous deux aspects différents : un aspect interne, qui fait apparaître les pouvoirs qui sont accordés au titulaire du droit ; un aspect externe, qui concerne les relations du titulaire du droit avec les tiers, c'est-à-dire l'efficacité du droit à l'égard des tiers.

Du point de vue externe, tous les droits devraient être identiques : ils devraient avoir tous une efficacité totale à l'égard des tiers, être opposables à tous les tiers. S'il en est autrement, c'est que tous les droits n'ont pas une manifestation extérieure qui permette à tous les tiers d'en avoir une connaissance certaine ou rapide. La nécessité de protéger les intérêts légitimes des tiers de bonne foi, le besoin d'assurer la sécurité ou la rapidité des transactions, imposent de limiter parfois l'efficacité externe de certains droits.

En revanche, du point de vue interne, les droits présentent d'incontestables différences naturelles qui tiennent à la nature de leur objet. Le contenu interne du droit, les prérogatives accordées au titulaire du droit diffèrent selon que le droit a pour objet l'utilisation d'une chose matérielle ou l'obtention de services personnels. C'est là que nous avons trouvé la base de la distinction entre droit réel et droit de créance ; et la raison d'être de cette distinction est que ces droits vont avoir une construction juridique différente, vont être soumis à un régime juridique différent. Le droit réel ayant pour objet l'utilisation d'une chose matérielle, son titulaire bénéficiera de pouvoirs d'action directe qui lui assureront une réalisation immédiate des utilités que doit lui procurer l'exercice du droit ; il suffira de protéger le titulaire du droit contre les actions des tiers qui porteraient atteinte à l'exercice de ses pouvoirs. Dans le droit de créance, au contraire, le caractère humain de l'objet du droit en rendra la réalisation plus incertaine, car il ne suffira pas de protéger le titulaire du droit — le créancier — contre les actions des tiers, il faudra encore tenir compte d'une possible mauvaise volonté du débiteur, et de l'impossibilité d'obtenir par des pouvoirs d'action directe le service ou la prestation due.

La différence de structure interne qui existe entre droit réel et droit de créance aura également une certaine influence sur l'efficacité externe de ces droits. Mais cette influence est toute relative et l'on ne saurait trouver du point de vue externe une différence tranchée entre droits réels et droits de créance. Le droit réel est en effet un droit qui se traduira le plus souvent par une manifestation extérieure visible ; d'autre part, c'est un droit qu'il suffira de déclarer opposable aux tiers pour en rendre l'exercice possible ; il y a là des raisons qui tiennent à la structure interne du droit réel et qui incitent à lui accorder en pratique une efficacité externe absolue. Au contraire, le droit de créance ne se manifeste pas en général à la connaissance des tiers, et, d'autre part, il ne suffit pas de le déclarer opposable aux tiers pour en rendre la réalisation possible, il faut encore tenir compte de la mauvaise volonté du débiteur : raisons qui, à l'inverse des précédentes, conduisent à restreindre en pratique l'efficacité externe des droits de créance. Mais on ne saurait voir là des conséquences nécessaires de la distinction ; le législateur pourra prendre en considération d'autres circonstances pour déterminer l'efficacité externe des droits. En fait, pour les droits de créance, cette efficacité est limitée aux tiers qui ont eu connaissance du droit ; mais il en est pratiquement de même pour les droits réels sur meubles corporels et pour les droits réels soumis à publicité, la connaissance du tiers étant simplement présumée en conséquence de la possession ou de la publicité.

La mesure de l'efficacité externe des droits ne peut donc servir de distinction entre droits réels et droits de créance. Cette distinction a son origine dans la structure interne du droit : *le droit réel est celui qui a pour objet l'utilisation d'une chose matérielle ; le droit de créance, celui qui a pour objet l'obtention d'un service personnel.*

C'est là une distinction technique ; il ne faut donc pas en exagérer l'importance, mais il ne faut pas non plus en nier la valeur, car il ne saurait y avoir de science sans technique. L'utilité de la distinction est de permettre de déterminer, sur les points que le législateur n'aurait pas précisés, le régime juridique applicable à tel ou tel droit. Mais le législateur demeure libre de modifier sur tel point particulier le régime juridique qui serait applicable à un droit en raison de sa nature réelle ou personnelle.

359. Nous aurions pu nous borner à faire application de ces solutions au droit du preneur, puisque tel était l'objet essentiel de notre étude, mais nous avons cru qu'il serait bon d'indiquer l'en-

semble des conséquences que postulait la distinction des droits réels et des droits de créance telle que nous l'avions comprise. Cela nous a permis notamment de prendre parti sur la nature controversée des obligations *propter rem* ou obligations réelles que nous avons rangées dans la catégorie des droits de créance, car elles ont avant tout pour objet de procurer un service personnel. Et, dans le domaine des droits réels de garantie, l'étude du droit de gage général du créancier chirographaire nous a montré comment le droit sur les choses matérielles, le droit réel, permettait de remédier à la fragilité du droit aux services personnels, c'est-à-dire du droit de créance.

Le Président de la thèse :

J. MAURY.

Vu : *Le Doyen :*

G. BOYER.

Vu et permis d'imprimer :

Toulouse, le 12 juin 1951.

Le Recteur, Président du Conseil de l'Université :

P. DOTTIN.

BIBLIOGRAPHIE [1]

I. — OUVRAGES GÉNÉRAUX

*Aubry et Rau. — Cours de droit civil français, 5e éd., 12 vol., 1897-1922, t. VI et s. revus par E. Bartin ; 6e éd., par E. Bartin et Paul Esmein ; et Supplément permanent par Paul Esmein.

Barassi L. — Teoria generale delle obbligazioni, 3 vol., 2e éd., 1948-1950.

— I diritti reali limitati, 2e éd., 1947.

Barbero. — Sistema istituzionale di diritto privato, 2 vol., 2e éd., 1949.

Battaglia F. — Corso di filosofia del diritto, 3 vol., Rome, 1942.

*Baudry-Lacantinerie. — Traité théorique et pratique de droit civil, 3e éd., 1905-1909 :

— Les biens, par Chauveau.

— La vente, par Saignat.

— Le louage. 3 vol., par Wahl.

— Le nantissement, les privilèges et hypothèques, par de Loynes.

Belime. — Traité de la possession et des actions possessoires, Paris, 1842.

Bemmelen (Van). — Les notions fondamentales du droit civil, Amsterdam, 1892.

*Beudant Charles. — Cours de droit civil français, 2e éd., par Robert Beudant et Paul Lerebours-Pigeonnière :

— Etat et capacité, t. III bis, avec la collaboration de Breton.

— Les biens, t. IV, avec la collaboration de Pierre Voirin.

— Contrat de mariage et régimes matrimoniaux, t. X, avec la collaboration de Roger Lenoan, t. X bis, avec la collaboration de Pierre Raynaud.

— Vente et louage, t. XI, avec la collaboration de Jean Brèthe de la Gressaye.

— Sûretés personnelles et réelles, t. XIII et XIV, avec la collaboration de Pierre Voirin.

1. Cette bibliographie ne comprend pas tous les ouvrages que nous avons consultés, mais seulement ceux que nous avons spécialement utilisés. — En ce qui concerne la législation moderne des baux, voir les indications bibliographiques en tête de chaque section relative à cette matière.

* Les ouvrages marqués d'un * ne sont cités dans le texte que par le nom des auteurs.

BONFANTE. — Corso di diritto romano, vol. 3, Diritti reali, Rome, 1933.

BONNECASE. — Supplément au Traité de Baudry-Lacantinerie, t. V, 1930.

BRÈTHE DE LA GRESSAYE et LABORDE-LACOSTE. — Introduction générale à l'étude du droit, Paris, Sirey, 1947.

BRISSAUD. — Manuel d'histoire du droit privé, Paris, 1935.

CARNELUTTI F. — Teoria generale del diritto, Rome, 1946.

CAPITANT H. — Introduction à l'étude du droit civil. Notions générale, Paris, Pédone, 4e éd., 1922.

CENDRIER. — Le fonds de commerce. Traité théorique et pratique, 6e éd., par Robert-Martin et Maus, Paris, Dalloz, 1934.

COHEN A. — Traité théorique et pratique du fonds de commerce, 2e éd., 1948, Paris, Sirey.

*COLIN et CAPITANT. — Cours élémentaire de droit civil, t. I, 11e éd., 1947, t. II, 10e éd., 1948, t. III, 10e éd., 1950, par Léon Julliot de la Morandière, Paris, Dalloz.

CORNIL G. — Traité de la possession en droit romain, Paris, 1905.

COURBIS E. — Traité des baux à usages commerciaux et industriels et de leur renouvellement, 3e éd., avec la collaboration de P. Courbis, 1933, Paris, Sirey.

CUQ. — Manuel des institutions juridiques des romains, 2e éd., Paris, 1928.

DABIN. — Théorie générale du droit, Bruxelles, Bruylant, 1944.

— La technique de l'élaboration du droit positif, spécialement du droit privé, Bruxelles, Bruylant, 1935.

— Le droit subjectif, Dalloz, 1952.

DELOBEL, MARIE-CARDINE et FORTIN. — Le nouveau régime des baux ruraux et des aliénations de biens ruraux, Paris, 1947.

DEMANTE et COLMET DE SANTERRE. — Cours analytique de Code Napoléon, 3e éd., 1895.

DEMOGUE. — Notions fondamentales du droit privé, Paris, Rousseau, 1911.

— Traité des obligations en général, 7 vol., Paris, Rousseau, 1923-1933.

DEMOLOMBE. — Cours de Code Napoléon, 30 vol., 3e éd., 1867-1868.

DEMONTÈS et JAUFFRET. — Code de commerce annoté, t. I, Sirey, 1936.

DESBOIS. — Le droit d'auteur, 1950, Paris, Dalloz.

DOMAT. — Lois civiles dans leur ordre naturel, Paris, 1767.

DUGUIT. — Traité de droit constitutionnel, 5 vol., 2e éd., 1921-25, et 3e éd., t. I et II, 1927-28, Paris, Boccard.

ESCARRA J. — Manuel de droit commercial, Paris, Sirey, 1947-48.

ESCARRA J., ESCARRA E. et RAULT. — Principes de droit commercial, Paris, Sirey, t. I, 1934.

FENET. — Recueil complet des travaux préparatoires du Code Civil, 15 vol., 1836.

FERRARA F. — Trattato di diritto civile italiano, 1921, Rome.

FOLLEVILLE DE. — Notions du droit et de l'obligation, Paris, 1873.

FRÉMINVILLE DE. — Traité de la minorité et de la tutelle, 1845.

GAETANO. — I privilegi, in Trattato di dirrito civile italiano diretto da Filippo Vassali, vol. IX, t. I, fasc. 1, Turin, 1933 et 2e éd., 1949.

GÉNY. — Méthode d'interprétation et sources en droit privé, 2e éd., 1919 et 1932, Paris, Lib. gén. de dr.

— Science et technique en droit privé positif, 4 vol., 1914-1924, 2e tirage (t. 2, 3, 4), 1927-1930, Paris, Sirey.

GIFFARD J. — Code annoté des baux ruraux et des tribunaux paritaires, 1948.

GIORGI. — Teoria delle obbligazioni, 7e éd., 1907, Florence.

GIRARD. — Manuel de droit romain, 8e éd., 1929, par F. Senn, Paris, Rousseau.

GRIMAUD et GIVORD. — La loi sur les loyers, 2e éd., 1949, Paris, Juris-Classeurs.

HAESAERT J. — Théorie générale du droit, Bruxelles, 1948.

HAURIOU M. — Principes de droit public, 2e éd., Paris, 1916.

— Le droit, l'ordre et la liberté. Aux sources du droit, Paris, 1933, Cahiers de la Nouvelle Journée, 23.

IGNACE et PLATCHE. — Manuel des baux d'habitation et à usage professionnel, Dalloz, 1949.

*JOSSERAND. — Cours de droit civil positif français, 3e éd., 1938-1940, Paris, Sirey.

JUGLART DE. — Droit rural, t. I, L'exploitation rurale, t. II, Droit rural spécial, 1949-1950, Paris, Juris-Classeurs.

LAROMBIÈRE. — Théorie et pratique des obligations, 2e éd., 1885.

LOYSEL. — Institutes coutumières, nouv. éd. par Dupin et Laboulaye, 2 vol., Paris, Videcoq, 1846.

MARCADÉ et PONT. — Explication théorique et pratique du Code Napoléon, Paris, Delamotte, 13 vol., 1866-1884.

MARIN P. — Traité sur la propriété commerciale, Paris, Sirey, 2e éd., 1935.

MERLIN. — Recueil alphabétique des questions de droit, 2e éd., 1820, Additions T. VI.

MONIER. — Manuel élémentaire de droit romain, 4e éd., 1947-1948, Paris, Domat-Montchrestien.

MORIN G. — La révolte du droit contre le Code. La révision nécessaire des concepts juridiques (contrat, responsabilité, propriété), Paris, Sirey, 1945.

ORTOLAN. — Généralisation du droit romain, 11e éd., Paris, 1880.

OURLIAC et DE JUGLART. — Fermage et métayage dans la législation récente, 3e éd., 1951, Paris, Editions Techniques.

PACCHIONI G. — Trattato delle obbligazioni secondo il diritto civile italiano. Introduzione, Turin, 1927.

PATEL, LEJEUNE et HENRI-MEUNIER. — La loi du 1er septembre 1948 sur les loyers après une année d'application. Etude doctrinale et jurisprudentielle. Paris, Revue des Loyers, 1949.

PICARD Ed. — Le droit pur, Bruxelles, 1899.

PLANIOL. — Traité élémentaire de droit civil, 3 vol., avec le concours de G. Ripert après la 9e éd., Paris, Lib. gén. de dr.

* PLANIOL et RIPERT. — Traité pratique de droit civil français, 14 vol., 1925-1934 ; et 2e édition en cours de publication :

— T. I, Personnes, état et capacité, par R. Savatier, et 2e éd., 1952, par R. Savatier et J. Savatier.

— T. III, Biens, par Maurice Picard, et 2e éd., 1952.

— T. VI et VII, Obligations, par P. Esmein, Radouant et Gabolde ; T. VI, 2e éd., par P. Esmein, 1952.

— T. VIII et IX, Régimes matrimoniaux, par Nast.

— T. X. et XI, Contrats civils, par Hamel, B. Perreau, Rouast, Savatier et Lepargneur.

— T. XII et XIII, Sûretés réelles, par Becqué.

POTHIER. — Œuvres complètes, éd. Bugnet.

RIPERT G. — Le régime démocratique et le droit civil moderne, 2e éd. 1948, Paris, Lib. gén. de dr.

— Le déclin du droit. Etude sur la législation contemporaine, 1949, Paris, Lib. gén. de dr.

— Traité élémentaire de droit commercial, 2e éd., 1950, Paris, Lib. gén. de dr.

*RIPERT et BOULANGER. — Traité élémentaire de droit civil de Marcel Planiol, t. I, 5e éd., 1950, t. II, 4e éd., 1952, t. III, 4e éd., 1951, Paris, Lib. gén. de dr.

ROBERT-MARTIN et MAUS. — Traité théorique et pratique des baux commerciaux, 2e éd., 1934, mise à jour 1937, Paris, Dalloz.

ROBERT-MARTIN, MAUS et LAFARGE. — Manuel des baux commerciaux, 3e éd., 1951, Paris, Dalloz.

ROGUIN E. — La règle de droit. Etude de science juridique pure, 1889, Lausanne.

— La science juridique pure, 3 vol., 1923, Paris, Pichon.

ROPERS. — Traité des baux à loyer et à ferme, 2e éd., 1934, Paris, Dalloz.

ROUBIER. — Théorie générale du droit. Histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales, 1946, Paris, Sirey.

RUBINO. — La responsabilita patrimoniale, in Trattato di diritto civile italiano diretto da Filippo Vassali, vol. XIV, t. I, fasc. 1, Turin, 1943, et 2e éd., 1949.

SALEILLES. — De la personnalité juridique. Histoire et théories, 2e éd., 1922, Paris, Rousseau.

— De la possession des meubles. Etude de droit allemand et de droit français, Paris, 1907.

SAVATIER R. — *Cours de droit civil, 3 vol., 2e éd., 1947-51.

— La législation nouvelle des baux ruraux, 1946, Dalloz.

— Manuel juridique des baux ruraux, 1947, et 2e éd., 1952, Dalloz.

— Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui, 1948, et 2e éd., 1952, Dalloz.

— Du droit civil au droit public à travers les personnes, les biens et la responsabilité, 1945, et 2e éd., 1950, Paris, Lib. gén. de dr.

TROPLONG. — Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du Code. De l'échange et du louage, 2 vol., 1840.

VECCHIO DEL. — Leçons de philosophie du droit, trad. fr. de J.-A. B., préface de Le Fur, 1936, Paris, Sirey.

WALINE. — L'individualisme et le droit, 2e éd., 1949, Paris, Domat-Montchrestien.

Introduction à l'étude du droit, par Léon Julliot de la Morandière, Paul Esmein, Henri Lévy-Bruhl, Georges Scelle, t. I, 1951, Paris, Rousseau.

Le droit privé français au milieu du XXe siècle, Etudes offertes à Georges Ripert, 2 vol., 1951, Paris, Lib. gén. de dr.

II. — MONOGRAPHIES, THÈSES, ARTICLES DE REVUES

ABDEL-BAKI. — Du rôle de la possession en matière mobilière. Thèse, Paris, 1943.

ACHER. — Essai sur la nature de l'action paulienne. *Rev. trim. dr. civ.*, 1906, p. 800.

ARCHEVÊQUE. — Baux précaires et conventions d'occupation. *Gaz. Pal.*, 1950, I, Doc. 48.

— Etude jurisprudentielle sur la prorogation des baux commerciaux. *Gaz. Pal.*, 1951, 13 janvier.

BAJEUX O. — Vers la propriété culturale. Le problème du fermage et son évolution. Thèse, Lille, 1945.

BALBI G. — Le obbligazioni propter rem. Torino, 1950.

BARBERO. — Il diritto subbiettivo. *Foro italiano*, 1939, IV, col. 1 s.

BASTIAN. — Essai d'une théorie générale de l'inopposabilité. Thèse, Paris, 1929.

BÉRAUD R. — Bail écrit et bail verbal. *J.C.P.*, 1950, I, 821.

— La nature du droit de préemption en matière de baux à ferme et l'article 1743 du Code civil. *Rép. Commaille*, 1951, I, 57.

BONNECASE. — La condition juridique du créancier chirographaire. Sa qualité d'ayant cause à titre particulier. *Rev. trim. dr. civ.*, 1920, p. 103.

BOUDRIOT. — Le droit au renouvellement du bail. Thèse dacty., Paris, 1949.

BOULANGER. — Les conflits entre des droits qui ne sont pas soumis à publicité. *Rev. trim. dr. civ.*, 1935, p. 545.

BOYER Louis. — La notion de transaction. Contribution à l'étude des concepts de cause et d'acte déclaratif. Thèse, Toulouse, 1947.

— La promesse synallagmatique de vente. *Rev. trim. dr. civ.*, 1949, p. 1.

BRETON. — Théorie générale de la renonciation aux droits réels. Le déguerpissement en droit civil français. *Rev. trim. dr. civ.*, 1928, p. 261.

BRIAULT. — Notion de privilège en droit civil français. Thèse, Paris, 1911.

BRUNETTI. — Il diritto del creditore. *Riv. dir. com.*, 1916, I, 137 et 282.

CALASTRENG Simone. — La relativité des conventions. Etude de l'article 1165 du Code civil. Thèse, Toulouse, 1939.

CARNELUTTI F. — Appunti sulle obbligazioni. *Riv. dir. com.*, 1915, I, 541.

— Obbligo del debitore e diritto del creditore. *Riv. dir. com.*, 1927, I, 326.

CAPITANT R. — Sur la nature des droits réels. *Etudes Sugiyama*, 1940, p. 29.

CASSIN. — L'exception tirée de l'inexécution dans les rapports synallagmatiques. Thèse, Paris, 1914.

CHAUVEAU Maxime. — Classification nouvelle des droits réels et personnels. *Rev. crit.*, 1931, p. 539.

CHAUVEAU Paul. — Le statut du fermage d'après l'ordonnance du 17 octobre 1945. *J.C.P.*, 1946, I, 489.

CHÉNON. — Les démembrements de la propriété foncière. Thèse, Paris, 1881.

CHEVALIER J. — Le concept et l'idée. *Mélanges Hauriou*, p. 111.

COHEN A. — Le nantissement de l'outillage et du matériel (loi du 18 janvier 1951). *J.C.P.*, 1951, I, 912.

CORNILLE. — Vente et louage de chose. Contribution à l'étude de la distinction des contrats réglementés. Thèse, Lille, 1926.

COUSTEIX. — Des restrictions au droit de propriété en matière de baux ruraux. Thèse dacty., Paris, 1949.

DAÏNOW. — La nature juridique du droit du preneur à bail dans la loi française et dans la loi de Québec. Thèse, Dijon, 1931.

DEMONTÈS. — La propriété commerciale. *Rev. crit.*, 1928, p. 567.

DESBOIS. — Commentaires législatifs, D., 1946, L., 109, 1947, L., 217, 1947, L., 457, 1946, L., 277.

— Le contrôle judiciaire des conditions légales du droit de reprise. *Rev. Fermages*, 1949, p. 113.

DESVAUX. — Le métayage. Thèse, Lyon, 1943.

DEYMES. — Evolution juridique de la contrainte par corps. Thèse, Toulouse, 1942.

DUDEZ. — Le métayage ; droit actuel et projet de réforme. Thèse, Bordeaux, 1938.

DUGAST. — Le droit du preneur dans le louage d'immeuble. Thèse, Paris, 1914.

DURAND Paul. — La contrainte légale dans la formation du rapport contractuel. *Rev. trim. dr. civ.*, 1944, p. 73.

ESMEIN Paul. — Les clauses des baux à loyer relatives à la faculté de sous-louer ou de céder le bail. *Sem. Jur.*, 1927, p. 1105.

— Le statut du fermage (ord. du 17 oct. 1945). *Gaz. Pal.*, 1945, 2, Doc. 59.

— Le statut des baux ruraux (loi du 13 avril 1946). *Gaz. Pal.*, 1946. I, Doc. 85.

— Le droit de reprise à fin d'exploitation personnelle par le propriétaire d'un bien rural affermé. *J.C.P.*, 1948, I, 686.

— De la détermination des parcelles dont les baux comportent dérogation au statut du fermage. *Rev. Fer.*, 1948, p. 367.

— La loi du 1er septembre 1948 sur les loyer. *Gaz. Pal.*, 1948, 2, Doc. 37 et 65.

— Bail verbal ou maintien dans les lieux. *J.C.P.*, 1949, I, 764.

— La situation du locataire verbal au regard de l'acquéreur de l'immeuble. Note au *J.C.P.*, 1951, II, 5988, sous Soc., 29 juillet 1950.

— Le droit au bail et le droit au maintien dans les lieux d'un local d'habitation en cas de dissolution de mariage et de décès. *Gaz. Pal.*, 1951, I, Doc. 26.

FEDELE. — Possesso e esercizio del diritto, Turin, 1950. Extrait de la *Riv. dir. com.*, 1949 et 1950.

FERRADOU. — Du rôle de la possession en droit privé français. Thèse, Bordeaux, 1928.

FERRY. — La nature du droit du fermier et du locataire de maison. *Rev. Foelia* ou *Rev. de dr. fr. et ét.*, t. VIII, p. 609 et 849.

FILIP. — Nature juridique du droit du créancier chirographaire. Thèse, Paris, 1922.

FLATTET Guy. — Le récent statut des baux ruraux en France. Leçon inaugurale faite à l'Université de Lausanne en 1946.

FOREL. — La notion de privilège et les différentes catégories de privilèges en droit civil. Thèse, Bordeaux, 1940.

FOUGERAT. — Du droit de gage des créanciers sur les biens de leur débiteur, et des limites apportées à ce droit par la loi. Thèse, Poitiers, 1897.

FOUGÈRES. — Le droit au renouvellement des baux commerciaux. Thèse, Paris, 1937.

FRÉJAVILLE. — La pratique des *errata* au *Journal officiel. J.C.P.*, 1948, I, 677.

GANGI. — Scritti giuridici, vari I, *Padoue*, 1933, p. 316.

GARREAU DE LA MÈCHENIE DU. — De la vocation de l'ayant-cause à titre particulier aux droits et obligations de son auteur. *Rev. trim. dr. civ.*, 1944, p. 219.

GARSONNET. — Histoire des locations perpétuelles et des baux à longue durée. Paris, 1879.

GAUDEMET. — Etude sur le transport de dette à titre particulier. Thèse, Dijon, 1898.

GAZIN. — Essai critique sur la notion de patrimoine dans la doctrine classique. Thèse, Dijon, 1911.

GÉNY. — Les bases fondamentales du droit civil en face des théories de L. Duguit. *Rev. trim. dr. civ.*, 1922, p. 779.

GIFFARD J. — La chasse et le statut des baux ruraux. *Rép. gén. not.*, 1947, art. 26487.

— Le statut des baux ruraux et le louage des parcelles de terre. *Rép. gén. not.*, 1949, art. 26725.

— Le renouvellement des baux de parcelles. *Rev. Fer.*, 1949, p. 230.

GIORGIANNI M. — Contributo alla teoria dei diritti di godimento su cosa altrui, 1940, Milan, éd. Giuffre.

GORÉ F. — Le moment du transfert de propriété dans les ventes à livrer. *Rev. trim. dr. civ.*, 1947, p. 161.

GOROVTSEFF A. — Luttes autour de la notion de sujet de droit. *Rev. trim. dr. civ.*, 1926, p. 881.

— Nouvelles recherches sur le problème de sujet de droit. *Rev. trim. dr. civ.*, 1927, p. 5.

GRASSERIE DE LA R. — De la réalité et de la personnalité dans le droit. *Rev. gén. du dr.*, 1907, p. 150, 232, 419, 518.

GROSSO. — Servitu et obbligazione propter rem. *Riv. dir. com.*, 1939, I, 217.

GROUBER. — L'action paulienne en droit civil français contemporain. Thèse, Paris, 1913.

HAMEL. — Le gage sans dépossession. D., 1945, chro. 37.

HÉBRAUD. — La réalisation des droits du créancier dans la saisie immobilière. D.H., 1939, chro. 21.

HENRI-MEUNIER. — Le contrat de location du fonds de commerce et la propriété commerciale. *Rev. Loyers*, 1948, p. 395.

HUGUENEY P. — Responsabilité civile du tiers complice de la violation d'une obligation contractuelle. Thèse, Dijon, 1910.

Ibéro. — Des obligations d'après le droit commun du bailleur d'immeuble envers le locataire dans le bail à loyer et de l'exécution de ces obligations. Thèse, Toulouse, 1940.

Imbroane. — Nature juridique du gage des créances. *Thèse*, Paris, 1909.

Ionescu. — La notion de droit subjectif dans le droit privé. Thèse, Paris, 1931.

Jallu. — Essai critique sur l'idée de continuation de la personne. Thèse, Paris, 1902.

Jauffret A. — Les éléments nouveaux du fonds de commerce. Etudes offertes à G. Ripert, t. II, p. 33.

Josserand. — Configuration du droit de propriété dans l'ordre juridique nouveau. *Mélanges Sugiyama*, 1940, p. 95.

Jouvent. — L'article 686 du Code Civil. De la règle que les services doivent bénéficier ou préjudicier au fonds et non à la personne. Thèse, Grenoble, 1935.

Jozon. — De la nature du droit du preneur. *Rev. prat. de dr. fr.*, 1865, p. 358.

Juglart de. — Obligations réelles et servitudes en droit privé français. Thèse, Bordeaux, 1937.

Kornprobst. — Etude sur la notion de servitude en droit privé français. Thèse, Strasbourg, 1936.

Laborde-Lacoste. — Essai sur la notion d'ayant-cause à titre particulier en droit privé français. Etude synthétique et critique. Thèse, Bordeaux, 1916.

Lafontaine. — D'une antinomie. *Rev. crit.*, 1859, p. 334.

Lalou H. — 1382 contre 1165 ou la responsabilité délictuelle des tiers à l'égard d'un contractant et d'un contractant à l'égard des tiers. D.H., 1928, chro., p. 69.

Larcher. — A qui appartiennent pendant le bail les constructions élevées par le locataire. *Rev. crit.*, 1900, p. 374.

Larivière. — Essai d'une théorie générale de garantie en matière de transfert de droit. De la garantie d'éviction en fonction de la responsabilité. Thèse dacty., Paris, 1944.

Laurent Jean-Charles. — Les conventions d'occupation précaire. note au D., 1948, J. 144.

Lavigne. — Vers un collectivisme de l'agriculture française ? Les coopératives de culture. D., 1947, chro. 145.

Leblanc. — Le refus de renouvellement des baux commerciaux. Thèse, Lille, 1935.

Lejeune G. — De la situation du locataire verbal au regard de l'acquéreur de l'immeuble. *Rev. Loyers*, 1949, p. 490.

Lévy. — La preuve par titre du droit de propriété. *Thèse*, Paris, 1896.

Louis-Lucas. — Volonté et cause. Thèse, Dijon, 1918.

MAGUET L. — Prêt à usage ou commodat. *Jour. not.*, 1932, p. 57.

MANDRIOLI. — V° Diritti reali, in Nuovo digesto italiano.

MARTIN DE LA MOUTTE. — L'acte juridique unilatéral. Essai sur sa notion et sa technique en droit civil. Thèse, Toulouse, 1949.

MARTY. — La distinction du fait et du droit. Essai sur le pouvoir de contrôle de la Cour de Cassation sur les juges du fait. Thèse, Toulouse, 1929.

MAURY. — Essai sur le rôle de la notion d'équivalence en droit civil français. 2 vol., Thèse, Toulouse, 1920.

MERLE Roger. — Essai de contribution à la théorie générale de l'acte déclaratif. Thèse, Toulouse, 1948.

MEURISSE. — Les conventions d'occupation précaire. Note au S., 1950, I, 61.

MICHAS. — Le droit réel considéré comme une obligation passive universelle. Thèse, Paris, 1900.

MICHON. — Des obligations « propter rem » dans le Code Civil. Thèse, Nancy, 1891.

MILHAUD Jean. — Essai sur le fondement juridique des lois sur la propriété commerciale. Thèse, Toulouse, 1935.

MILHAUD R. — La loi du 1er avril 1926, prorogation et prix. Thèse, Toulouse, 1926.

MINÉI. — Essai sur la nature juridique des droits réels et des droits de créance. Thèse, Parîs, 1912.

MOREL. — La violation d'une promesse de vente. Etudes Capitant, 1939, p. 541.

MORIN G. — L'évolution contemporaine du droit de propriété. Etudes offertes à Georges Ripert, t. 2, p. 3.

MOTULSKY. — Principes d'une réalisation méthodique du droit privé. La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs. Thèse, Lyon, 1947.

NAST. — De l'étendue du droit pour le propriétaire d'un immeuble hypothéqué de l'administrer et de l'exploiter. *Rép. prat. du Not.*, 1935, p. 93.

NATOLI Ugo. — Il conflitto dei diritti e l'art. 1380 del Codice civile, Milan, 1950.

— Il diritto soggettivo, Milan, 1943.

NEGRO Franco. — L'exécution forcée engendre-t-elle un droit réel ? *Rev. int. dr. comp.*, 1949, 332.

OLIER J. — Distinction entre les droits réels et les droits personnels. *Rev. crit.*, 1896, p. 466.

OURLIAC et JUGLART DE. — Le droit de reprise devant les tribunaux paritaires. *J.C.P.*, 1947, I, 598.

— La durée des baux ruraux. *J.C.P.*, 1948, I, 738.

— Le droit de reprise du propriétaire d'un bien rural et la jurisprudence de la Cour de Cassation, *J.C.P.*, 1950, I, 836.

— La preuve du bail rural. *J.C.P.*, 1952, I, 971.

Pacchioni. — Il concetto delle obbligazioni. *Riv. dir. com.*, 1924, I, 209.

Palmade. — Les coopératives de production agricole. Coopératives de motoculture et coopératives de culture. *Rev. des Sociétés*, 1948, 36.

Patel. — Commentaire de la loi du 1er septembre 1948. D., 1949, L. 93.

Patel et Henri-Meunier. — Les conventions d'occupation précaire. *Rev. Loy.*, 1950, 703.

Pelet Jean. — La théorie dualiste de l'obligation et son application en droit suisse. Thèse, Lausanne, 1937.

Périer L. — De la règle « louage passe vente ». Thèse, Montpellier, 1900.

Perraud-Charmentier. — Essai d'une étude synthétique du statut du « pas-de-porte ». *Jour. not.*, 1950, 425.

Polacco. — Le obbligazioni nel diritto civile italiano, 2e éd., Rome, 1915.

Popa. — Les notions de « Debitum » (Schuld) et « Obligatio » (Haftung) et leur application en droit français moderne. Thèse, Paris, 1935.

Poplawski. — La notion de privilège en droit romain et en droit civil français. Thèse, Bordeaux, 1913.

Prodan. — Essai d'une théorie générale des droits réels. Thèse, Paris, 1909.

Quéru. — Synthèse du droit réel et du droit personnel. Thèse, Caen, 1905.

Raynaud Pierre. — La nature juridique de la dot. Essai de contribution à la théorie générale du patrimoine. Thèse, Toulouse, 1934.

— La renonciation à un droit. Sa nature et son domaine en droit civil. *Rev. trim. dr. civ.*, 1936, 763.

— Le contrat de location d'un fonds de commerce. *Rev. crit.*, 1936, 546.

Recasen-Siches Luis. — Il concetto di diritto subbiettivo inanzi alla filosofia giuridica. *Riv. int. di filo. del dir.*, 1926, p. 480.

Réglade. — Des droits du preneur à bail à ferme en droit romain et en droit français. Thèse, Bordeaux, 1882.

Rey. — L'absentéisme agricole. Thèse, Lyon, 1910.

Ricca-Barberis Mario. — Possesso, Archivio giuridico, 1949, 119.

Rigaud Louis. — Le droit réel. Histoire et théories. Son origine institutionnelle. Thèse, Toulouse, 1912.

— Les droits réels administratifs. Thèse, Toulouse, 1914.

— Le conflit de deux propriétés : propriété immobilière et « propriété commerciale ». Le socialisme et les petits commerçants. *Ann. dr. com.*, 1921, 113.

— La théorie du droit réel et la science juridique pure. *Rev. crit.*, 1925, 423.

Ripert G. — De l'exercice du droit de propriété dans ses rapports avec les propriétés voisines. Thèse, Aix, 1902.

— Le statut du fermage. Du droit contractuel au droit de l'entreprise. D., 1946, chro. 1.

— La propriété des maisons d'habitation et la loi du 18 janvier 1951. D., 1951, chro. 41.

— Le nantissement de l'outillage et du matériel d'équipement (loi 18 janvier 1951). D., 1951, chro. 41.

Robert-Martin et Hennebicq. — La propriété commerciale en droit comparé. D., 1949, chro. 37.

Robino Pierre. — Les privilèges et autres causes de préférences sur les créances. Thèse, Bordeaux, 1947.

Roblot. — Les sûretés mobilières sans déplacement. Etudes offertes à Georges Ripert, t. 2, p. 362.

Rocco Alfredo. — Studi sulla teoria generale del fallimento. *Riv. dir. com.*, 1910, I, p. 669-697, 855-875, 1912, I, p. 829-844.

— Il fallimento, Turin, 1917.

Rouast. — Evolution du droit de propriété. Rapport à l'Association Henri-Capitant. Travaux de l'As., t. I, 1945, p. 45.

Roubier. — Droits intellectuels ou droits de clientèle. *Rev. trim. dr. civ.*, 1935, p. 285.

— La publicité des transmissions de droits industriels comparée avec la publicité immobilière. Etudes H.-Capitant, 1939, p. 711.

Royer Ch. — La nature juridique du droit du preneur. D., 1860, 2, 186.

Saint-Alary. — La détention. Notion et portée d'application en droit privé français. Thèse, Montpellier, 1931.

— La réforme du métayage. *J.C.P.*, 1946, I, 551.

— Les constructions, plantations et ouvrages faits par le preneur sur les lieux loués. *Rev. trim. dr. civ.*, 1947, p. 263.

Salvaire et Béraud. — L'énigme de l'article 1766 du Code Civil et la résiliation des baux ruraux pour justes motifs. Rép. Commaille, 1950, I, 97.

Satta. — L'esecuzione forzata, 2e éd., Milan, 1947.

Savatier R. — L'interdiction de sous-louer ou de céder le bail. D.H., 1928, chro. 29.

— Le prétendu principe de l'effet relatif des contrats. *Rev. trim. dr. civ.*, 1935, 525.

— La nature juridique et les caractères nouveaux du droit à un bail rural. D., 1946, chro. 41.

— Commentaire de l'ordonnance du 17 octobre 1945. *Lois Nouv.*, 1946, I, 29, rt 169.

— L'attribution préférentielle d'une exploitation agricole dans un partage. *Rép. gén. not.*, 1946, art. 26371.

— Les sociétés de culture susceptibles de remplacer les baux à ferme et à métayage. *Rép. gén. not.*, 1947, art. 26452.

— Le conflit des droits d'hypothèque et de préemption des biens ruraux donnés à bail. *Rép. gén. not.*, 1947, art. 26494.

— L'indivision et les baux ruraux. *Rép. gén. not.*, 1948, art. 26554 et 26557.

— Droit de chasse et droit de chasser dans le statut des baux ruraux. D., 1948, chro. 129.

— Conditions d'ouverture de l'attribution préférentielle d'une exploitation agricole. *Rev. Fer.*, 1949, p. 63.

— Le droit au bail et ses prorogations ou équivalents dans la communauté conjugale. *Rép. gén. not.*, 1950, art. 26807 et 26813.

— Prorogation de bail ou bail nouveau. *Rev. Fer.*, 1950, p. 374.

— Etude du projet de réforme des baux ruraux. *Rev. de législation agricole*, septembre 1950, p. 137.

— Fermage et métayage : bilan économique et social ; technique réformatrice. Collection Droit Social, nov. 1950, 26.

SCHAFFHAUSER E. — L'abus du droit en matière d'application de la loi du 1er septembre 1948. *Lois Nouv.*, 1950, 87.

— La nécessité d'un titre locatif pour bénéficier du maintien dans les lieux prévu par la loi sur les loyers. *Lois Nouv.*, 1950, 505.

SCHMIDLING Claude. — La nature du droit du fermier. Thèse dacty., Paris, 1947.

SENNESSE. — La propriété commerciale. Thèse, Toulouse, 1932.

SIBICIANO. — Théorie générale des renonciations en droit civil français. Thèse, Paris, 1932.

SINAY Hélène. — Action paulienne et responsabilité délictuelle à la lumière de la jurisprudence récente. *Rev. trim. dr. civ.*, 1948, p. 183.

THÉRY. — De l'utilisation à la propriété des choses. Etudes offertes à Georges Ripert, t. 2, p. 17.

TOCILESCO. — Etude historique sur l'emphytéose. Thèse, Paris, 1883.

TRASBOT. — La propriété commerciale. *Ann. dr. com.*, 1926, 121.

TRULLENQUE-SANJUAN José. — Los derechos reales « in faciendo ». *Rev. gen. de dederecho*, Valencia, 1949, p. 297, 362, 434, 548, 612.

VAREILLES-SOMMIÈRES DE. — La définition et la notion juridique de la propriété. *Rev. trim. dr. civ.*, 1905, 443.

— Du conflit de créances et du droit de préférence entre créanciers. *Rev. crit.*, 1905, 528, 1906, 474.

VILLEY. — Du sens de l'expression *jus in re* en droit romain classique. Mélanges F. de Visscher, 1949, t. 2, p. 417.

— Le *jus in re*, du droit romain classique au droit moderne. Conférence faite en 1947 à l'Institut de Droit romain de l'Université de Paris, Publications de l'Institut. Paris, Sirey, 1950, p. 187.

VISSCHER DE F. — Du *jus abutendi*. *Rev. trim. dr. civ.*, 1913, 337.

VITU. — Propriété commerciale et propriété culturale. Etude de deux législations protectrices des preneurs à bail. *Rev. trim. dr. civ.*, 1946, 273.

VOIRIN. — La jouissance d'une exploitation envisagée comme critère du bail à ferme et comme principe de son autonomie. *Rev. trim. dr. civ.*, 1930, 291.

— Propriété et responsabilité dans les baux ayant pour objet une exploitation, spécialement dans le bail du fonds de commerce. *Rev. trim. dr. civ.*, 1931, 285.

— Le droit de chasser du preneur à bail rural. Notes au *J.C.P.*, 1950, II, éd. N, 5700 et 5711.

WEILL. — Le principe de la relativité des conventions en droit privé français. Thèse, Strasbourg, 1938.

— La sanction du défaut de transcription des baux de plus de dix-huit ans. D., 1949, chro. 73.

YSEUX. — Nature du droit du preneur dans le contrat de louage. *Rev. crit.*, 1893, 102.

ZIEGEL. — Le droit d'un contractant à la plus-value créée par lui en dehors des stipulations du contrat. Thèse, Paris, 1939.

INDEX ALPHABETIQUE [1]

ABSENCE, 310.
ACTION PAULIENNE, 344 s.
ACTIONS POSSESSOIRES, 133, 139 s., 273.
ANTICHRÈSE, 312, 351.
BAIL (en général).
— Actions possessoires, 133, 139 s., 273.
— Compétence *ratione loci*, 105, 266.
— Conflit entre deux preneurs concurrents, 147 s., 275.
— Délivrance, 122.
— Entretien, 112, 127 s.
— Garantie, 113, 150 s.
— Obligations du bailleur, 110 s.
— Possession, 112, 135 s., 273.
— Pouvoirs du preneur (nature), 131 s., 134 s.
— Risques, 123 s.
— Transcription, 145, 272.
— Troubles, 113, 150 s.
— Vente de l'immeuble loué, 52, 65, 81, 94, 143 s.
BAIL COMMERCIAL, 77 s.
— Cession, 102.
— Compétence *ratione loci*, 105.
— Indemnité d'éviction, 87, 89.
— Législation moderne (historique), 77.
— Location-gérance, 79.
— Proposition de loi nouvelle, 96 s.
— Prorogation, 91 s.
— Renouvellement, 78 s.
— Reprise, 88 s.
— Situation du locataire verbal, 81, 94.
— Sous-location, 102.
BAIL D'HABITATION, 57 s.
— Améliorations faites par le preneur, 73.
— Bail verbal, 65 s.
— Cession, 75.
— Compétence *ratione loci*, 105.
— Echange, 76.
— Entretien, 74, 112.
— Installations faites par le preneur, 73.
— Législation moderne (historique), 57.
— Maintien dans les lieux, 61 s.
— Obligations du bailleur, 112.
— Prorogation, 58 s.
— Reprise, 72.
— Sous-location, 62, 75.
— Transmission du droit au bail, 62, 274.
BAIL RURAL, 32 s.
— Apport du bail à une coopérative de culture, 40.
— Compétence des tribunaux paritaires, 105.
— Constructions faites par le preneur, 42.
— Conversion du métayage en fermage, 38.
— Direction de l'exploitation, 36 s.
— Droit de chasse et droit de chasser, 45 s.
— Droit de préemption, 53 s.
— Droit de renouvellement, 51 s.
— Durée du bail, 49 s.
— Echange et location de parcelles, 41.
— Législation moderne (historique), 32, 33.
— Modification de l'état des lieux, 42.
— Obligations du bailleur, 111.
— Parcelles, 41, 51.
— Plantations, 43, 111.
— Reprise, 51.
— Situation du locataire verbal, 52.
COMMODAT, 299 s.
COMPÉTENCE *ratione loci* ET DROIT DU PRENEUR, 105, 266.
CONTRAINTE PAR CORPS, 252.
CONVENTION D'OCCUPATION PRÉCAIRE, 300.
DÉBAUCHAGE D'EMPLOYÉS, 190.
DÉGUERPISSEMENT, 292.
DÉLIVRANCE, 120 s.
DÉPOSITAIRE, 309.
DROIT AU BAIL (NATURE), 264 s.
DROIT DE CHASSE ET DROIT DE CHASSER, 45 s., 297.
DROIT DE CRÉANCE.
— Conflit de —, 206 s.
— Droit de préférence en matière de —, 205 s.
— Exécution forcée, 335.
— Opposabilité du —, 189 s.

1. Les chiffres renvoient aux numéros.

— Possession et droit de créance, 162, 173.
— Pouvoirs du créancier (nature), 187.
Droit de gage général, 317 s.
— Confusion du — avec le droit de créance, 179, 200.
— Nature, 332, 339 s.
— Opposabilité aux tiers, 343 s.
Droit de jouissance sur la chose d'autrui, 308 s.
Droit de préférence, 198 s.
—— critère du droit réel, 159.
— Droit de créance, 205 s.
— Droit réel, 199 s.
— Droit réels de garantie, 348, 352, 353.
— Notion, 198 s., 202 s.
— Preneur, 19, 198.
Droit de rétention, 348, 351, 355 s.
Droit de suite, 178 s.
—— critère du droit réel, 159.
— Droit de rétention, 356.
— Droits réels de garantie, 183.
— Droits réels démembrés, 182.
— Meubles corporels, 193.
— Notion, 178 s.
— Preneur, 19, 146.
— Privilèges, 315, 354.
— Propriétaire, 181.
Droit du créancier, 320 s.
Droit du preneur (nature).
— Anciennes controverses, 6 s.
— Ancien droit, 8.
— Droit romain, 7.
— Droit intermédiaire, 9.
— Théorie du droit mixte, 13, 14.
— Théorie du droit personnel, 22 s.
— Théorie du droit réel, 11 s.
Droit potestatif, 249.
Droit subjectif, 232 s.
— Fondement, 232.
— Structure, 235 s.
Droit réel.
— Absence d'intermédiaire juridique, 169, 210 s.
—— accessoire, 234, 260.
— Critérium :
— classique, 167 s., 177 s.
— du doyen Chauveau, 233 s.
— personnaliste, 221 s.
— proposé, 254.
—— de garantie, 260, 294, 313 s.
—— démembrés, 278, 283.
— Domaine, 256 s.
— Droit de préférence, 159, 199 s.
— Droit de suite, 159, 178 s.
—— du preneur, 262 s.
—— *in faciendo*, 212, 291, 295.
— Limitation légale, 256.
— Obligation passive universelle, 219, 224 s.
— Opposabilité, 192 s.
— Possession du droit réel, 162, 173.
—— principal, 234, 260, 276.
—— sur la chose d'autrui, 285 s.
Droits sur choses incorporelles, 258, 259 s.
Droit sur droit, 259.
Emphytéose, 287.
Exécution forcée, 335.
Gage, 348 s.
Hypothèque, 235, 271, 316, 352.
Métayage.
— Conversion, 38.
— Direction de l'exploitation, 34 s.
Nantissement, 347 s.
Obligation.
—— de faire jouir, 23, 126.
—— de garantie, 24, 113, 150 s.
—— passive universelle, 218, 223 s.
—— *propter rem*, 290 s.
—— réelle, 290 s.
— Théorie dualiste de l' —, 253, 313, 319, 333.
Occupant, 61, 81.
Opposabilité, 192 s.
— Droit de créance, 189 s., 196.
— Droit de gage général, 343 s.
— Droit réel sur meubles corporels, 193.
— Droit réel, 195.
Possession.
— Droit de —, 301 s.
— Nature du droit de —, 305 s.
— Notion, 136 s.
—— du preneur, 132, 139 s., 273.
Privilèges, 314 s., 353.
Promesse de vente, 190, 199.
Propriété.
— Définition, 284.
— Droit de suite, 181.
— Notion, 277 s.
—— matérielle et — juridique, 281.
Propriété commerciale, v. bail commercial.
Saisie, 340.
Servitudes, 288 s.
— *In faciendo*, 291.
Sûretés réelles, 346 s.
Tiers complice de la violation d'une obligation, 189 s., 345.
Troplong, 15 s.
Usufruit, 120, 126.
Vente.
— Délivrance, 120.
— Risques, 123, 125.
— Transfert de propriété, 118 s.

TABLE ANALYTIQUE DES MATIERES [1]

INTRODUCTION 5

1-2. *Les transformations de la législation des baux d'immeuble.* — **3-4.** *Objet de l'étude, ses intérêts.* — **5.** *Méthode de recherche.*

CHAPITRE PRELIMINAIRE 11

LES ANCIENNES CONTROVERSES SUR LA NATURE JURIDIQUE DU DROIT DU PRENEUR. L'ETAT ACTUEL DE LA QUESTION.

6. *La tradition historique.* — **7.** *Le droit romain.* — **8.** *L'ancien droit.* — **9.** *Le droit révolutionnaire.* — **10.** *Le droit civil ; position du problème.*

SECTION I. — La théorie du droit réel 15

11. *Merlin le précurseur.* — **12-13.** *La théorie de la réalité et la théorie dite mixte.*

§ 1. — Les conclusions des partisans de la réalité 17

a) Prédominance du droit réel 17

15. *Troplong.* — **16.** *Ses adeptes.*

b) Prédominance du droit personnel 18

17. *Jozon.*

§ 2. — Les arguments invoqués 19

18. *L'argument de Troplong* (art. 1743 C. civ.). — **19.** *Le développement de cet argument dans une synthèse de la réalité.*

SECTION II. — La théorie du droit personnel 21

§ 1. — Les arguments invoqués 21

22. *Critique de la théorie du droit réel.* — **23.** *L'article 1709 du Code civil et l'obligation de faire jouir.* — **24.** *L'article 1727 et l'obligation de garantie.* — **25.** *Arguments secondaires.*

§ 2. — Le triomphe de cette théorie 25

27. *La jurisprudence.* — **28-29.** *La doctrine.* — **30.** *Situation actuelle.*

1. Les chiffres en caractères gras renvoient aux numéros ; ceux en marge renvoient aux pages.

TITRE I

LA LEGISLATION MODERNE DES BAUX ET LA NATURE JURIDIQUE DU DROIT DU PRENEUR

31. *Vue d'ensemble des réformes.*

CHAPITRE I. — **Les caractères des nouveaux droits des preneurs** 33

SECTION I. — Les baux ruraux 33

32. *L'histoire de la réforme.* — **33.** *Son esprit.*

§ 1. — L'emprise du preneur sur les biens loués. Sa maîtrise de l'exploitation 37

A. L'exploitation du fonds 38

1° *Le métayage et la direction de l'exploitation* . 39

36. *Le nouveau principe.* — **37.** *Sa portée.* — **38.** *Le droit de conversion du métayage en fermage.*

2° *Les nouveaux droits du preneur dans l'exploitation du fonds* 42

a) Pouvoirs juridiques 43

40. *Apport à une coopérative de culture.* — **41.** *Echange et location de parcelles.*

b) Pouvoirs d'organisation matérielle. 44

42. *Modification de l'état des lieux.* — **43.** *Construction et plantation.* — **44.** *Conclusion.*

B. Le droit de chasser 49

45. *Esprit de cette mesure.* — **46.** *Les caractères de ce droit.* — **47.** *Sa nature.*

§ 2. — La stabilité du droit du preneur. Sa vocation à la propriété 54

A. La durée du bail 55

49-50. *La nouvelle règle et sa portée.*

B. Le droit au renouvellement 57

51. *Ses caractères.* — **52.** *Sa nature.*

C. Le droit de préemption 61

53. *Le droit de préemption du preneur et celui des professionnels de l'agriculture.* — **54.** *L'organisation du droit de préemption du preneur.* — **55.** *Sa sanction.* — **56.** *Sa nature.*

SECTION II. — Les baux d'habitation 67

57. *Historique de la protection des locataires.*

§ 1. — La prorogation du bail 69

58. *Les caractères de la prorogation.* — **59-60.** *Influence de la prorogation sur la nature du droit au bail.*

§ 2. — Le maintien dans les lieux et la loi du 1er septembre 1948 72

A. Caractères et nature du droit au maintien dans les lieux 72

61. *La distinction du droit au bail et du droit au maintien dans les lieux.* — **62.** *Conséquence de cette distinction.* — **63.** *La critique de M. Esmein.* — **64.** *Les bases légales de la distinction.* — **65-70.** *La distinction du droit au bail et du droit au maintien dans les lieux et l'opposabilité de ces droits à l'acquéreur.* — **71.** *La nature du droit au maintien dans les lieux et ses rapports avec le droit au bail.*

B. L'état actuel de la situation du preneur 87

72. *Droit de jouissance illimitée et opposable à tous.*

a) Pouvoirs d'aménagement du local 88

73. *Installations.* — **74.** *Travaux d'entretien de réparation ou d'amélioration.*

b) Pouvoirs de disposition du local 91

75. *Sous-locations et cessions.* — **76.** *Echanges.*

SECTION III. — Les baux commerciaux 93

77. *Histoire de la protection du locataire commerçant.*

§ 1. — La loi du 30 juin 1926 et le renouvellement facultatif 96

78. *Le principe du renouvellement facultatif. La conception indemnitaire du droit du locataire commerçant.*

A. Les conditions du droit au renouvellement .. 97

79. *Exploitation d'un fonds de commerce.* — **80-86.** *L'existence d'un bail et d'une certaine durée de jouissance ; l'opposabilité du droit au renouvellement à l'acquéreur.*

B. Le refus de renouvellement et sa sanction .. 105

87. *Les indemnités pour refus de renouvellement.* — **88.** *Le refus de renouvellement sans indemnité d'éviction.* — **89.** *L'indemnité d'éviction.* — **90.** *Nature du droit au renouvellement.*

§ 2. — La loi du 18 avril 1946 et les prorogations ... 110

91. *Le régime des prorogations.* — **92.** *Nature juridique de la prorogation.* — **93-95.** *Conséquences de la prorogation sur la situation du preneur.*

§ 3. — La proposition de loi soumise au parlement et le renouvellement obligatoire 117

96. *Origine et innovation de la proposition de loi.*

a) **97.** La demande de renouvellement 118

b) **Le refus de renouvellement** 119

98. *Sans indemnité.* — **99.** *Avec indemnité.* — **100.** *Moyennant offre d'un local de remplacement.*

c) **102.** Droit de cession du bail et de sous-location 122

CHAPITRE II. — **La législation moderne et la théorie du droit personnel** 125

104. *Position du problème.*

SECTION I. — La législation moderne et l'idée d'un changement de la nature juridique du droit du preneur 126

105. *La compétence territoriale des juridictions en matière de bail.* — **106.** *Les nouveaux pouvoirs d'aménagement et d'utilisation de l'immeuble.* — **107.** *La tendance à la perpétuité du droit du preneur.* — **108.** *L'opposabilité aux tiers des nouveaux droits du preneur.*

SECTION II. — La législation moderne et les arguments *de la théorie du droit personnel* 133

109. *Les obligations du bailleur subsistent.*

§ 1. — Obligation de faire jouir 133

110. *Le maintien des articles 1719 et 1720 du Code civil.* — **111.** *Aggravation de cette obligation en matière de baux ruraux.* — **112.** *Les limites apportées par la jurisprudence à l'obligation de réparer.*

113. § 2. — Obligation de garantie 138

114. *Conclusion : on ne trouve pas de raisons suffisantes pour conclure à un changement de la nature du droit du preneur, mais on peut douter du bien-fondé de la théorie classique du droit personnel.*

TITRE II

LE CONTRAT DE BAIL ET LES RAPPORTS JURIDIQUES QUI EN DECOULENT

115-117. *Méthode de recherche. Comparaison de la situation du preneur avec celle d'un acquéreur de droit réel.*

CHAPITRE I. — **Les rapports entre le preneur et le bailleur** 146

SECTION I. — L'acquisition du droit 146

§ 1. — Le transfert de propriété dans la vente 146

118. *Droit romain.* — **119.** *Code civil. Obligation de transférer la propriété. Obligation sous-entendue et s'exécutant automatiquement.* — **120.** *L'obligation de délivrance du vendeur.* — **121.** *Situation identique pour*

la constitution d'un droit d'usufruit d'usage d'habitation.

§ 2. — Le droit à la jouissance du preneur 149

122. *L'obligation de délivrance du bailleur est juridiquement de nature identique à celle du vendeur.* — **123.** *Pourquoi le preneur n'obtiendrait-il pas un droit de jouissance ?* — **124.** *Objection possible tirée de la théorie des risques.* — **125.** *Réfutation.* — **126.** *La différence systématique faite entre le preneur et l'usufruitier.*

SECTION II. — L'exercice du droit 153

127. *Il n'y a pas de différence quant à la nature des actes permis au preneur ou à l'usufruitier relativement à la chose.*

§ 1. — L'entretien de la chose louée 153

128. *Situation respective du preneur et de l'usufruitier.* — **129.** *L'obligation d'entretien du bailleur n'a rien d'incompatible avec la réalité du droit du preneur.*

130 § 2. — La nature des pouvoirs exercés par le preneur 156

A. Exposé des idées 156

1° **131.** Le preneur n'a pas de pouvoir propre sur la chose.

2° Le preneur est un simple détenteur.

132. *Le preneur n'est pas possesseur.* — **133.** *Il ne peut bénéficier de la protection possessoire.*

B. Observations critiques 160

1° **134.** Le preneur a des pouvoirs propres de jouissance.

2° La situation du preneur au regard de la possession et de la protection possessoire 162

a) La possession et les ayants droit à la protection possessoire 163

136. *La conception de Savigny.* — **137.** *La conception d'Ihering et de Saleilles.* — **138.** *La conception du droit français.*

b) La situation du preneur au regard de la possession et la nature juridique de son droit .. 167

139. *Solution du point de vue législatif.* — **140.** *Solution du point de vue du droit positif français.*

CHAPITRE II. — **Les rapports du preneur avec les tiers** .. 171

SECTION I. — Les ayants cause à titre particulier du bailleur 171

§ 1. — Conflit avec les tiers acquéreurs 172

143. *L'article 1743 du Code civil et ses explications.* — **144.** *Impossibilité d'en tirer une solution quant à la nature*

du droit du preneur. — **145.** *La transcription des baux de plus de dix-huit ans ne fournit pas davantage de solution.*

§ 2. — **146.** Conflits avec les créanciers du bailleur . 175

§ 3. — Conflit entre deux preneurs concurrents 177

147. *Les solutions proposées pour résoudre ce conflit.* — **148.** *Impossibilité d'en tirer une solution pour déterminer la nature du droit du preneur.*

SECTION II. — Les autres tiers 179

§ 1. — Troubles de fait 179

150. *La situation du preneur est analogue à celle d'un propriétaire ou d'un usufruitier.*

§ 2. — Troubles de droit 180

151. *Situation différente du preneur et de l'usufruitier.* — **152.** *Portée de cette différence.* — **153.** *Son explication et son influence sur la nature du droit du preneur.*

TITRE III

LE CRITERIUM DE DISTINCTION DES DROITS REELS ET DES DROITS DE CREANCE

CHAPITRE I. — **Les divers critériums utilisés** 189

SECTION I. — La doctrine classique 189

SOUS-SECTION I. — Exposé 189

§ 1. — La notion classique du droit réel et du droit de créance 190

A. **156-157.** Les définitions de la doctrine classique ; l'opposition des deux catégories de droit 190

B. **158-165.** Les conséquences de l'opposition entre droit réel et droit de créance 191

§ 2. — Les critériums de distinction utilisés par la doctrine classique 195

A. Le critérium classique 196

167. *Le droit de suite et le droit de préférence.* — **168.** *L'absence d'intermédiaire juridique.*

B. **169.** La précision apportée par M. Rigaud 198

SOUS-SECTION II. — Etude critique 199

§ 1. — Les différences entre droit réel et droit de créance 200

172-176. *L'explication de ces différences.*

§ 2. — Les critériums utilisés par la doctrine classique 203

A. Le droit de suite et le droit de préférence .. 203

1° Le droit de suite 204

a) La notion de droit de suite 204

178. *Première conception du droit de suite.* — **179.** *Sa critique.* — **180.** *Véritable signification du droit de suite.* — **181.** *Dans le cas du droit de propriété.* — **182.** *Les droits réels démembrés.* — **183.** *Des droits réels de garantie.* — **184.** *Notion commune du droit de suite : opposabilité du droit aux tiers.*

b) La notion de droit de suite et le droit de créance 211

185-188. *Pour concevoir une situation analogue dans le droit de créance, il faut supposer qu'un tiers empêche l'exécution de la prestation.* — **189-190.** *La protection du créancier contre les agissements des tiers.* — **191.** *Conclusion : l'opposabilité du droit aux tiers se retrouve dans le droit de créance.*

c) L'étendue de l'opposabilité du droit réel et du droit de créance 218

192. *Les différences d'opposabilité entre droit réel et droit de créance.* — **193.** *Le droit réel n'a pas toujours une opposabilité absolue.* — **194.** *Le principe rationnel d'opposabilité des droits et ses limites.* — **195.** *Explication du principe d'opposabilité du droit réel à tous les tiers.* — **196.** *Explication du principe d'opposabilité du droit personnel aux tiers qui en ont eu connaissance.* — **197.** *Cette différence ne peut servir de critérium de distinction, car elle n'est pas une conséquence nécessaire de la nature réelle ou personnelle du droit.*

2° Le droit de préférence 228

198. *Les deux aspects du droit de préférence.*

a) Droit de préférence du droit réel à l'égard du droit de créance 229

199. *Hypothèse de la promesse de vente.* — **200.** *Hypothèse du débiteur insolvable.* — **201.** *Rejet de ce premier aspect du droit de préférence.*

b) Droit de préférence du droit réel à l'égard des droits réels postérieurs 232

202. *Le conflit entre deux ayants cause d'un même auteur.* — **203-204.** *La règle logique de préférence et ses tempéraments.* — **205.** *Valeur générale du principe* prior tempore, potior jure. — **206.** *Conditions d'un conflit de droit de créance.* — **207.** *Règle de solution de ces conflits.* — **208.** *Comparaison avec la solution relative aux conflits de droit réel.*

209. *Conclusion.*

B. Absence d'intermédiaire juridique dans le droit réel 242

210. *Imprécision de ce critérium.* — **211.** *Critique de la précision apportée par M. Rigaud. Cas du droit du preneur.* — **212.** *Cas des droits réels* in faciendo. — **213.** *Inefficacité de ce critérium.* — **214.** *La différence que traduit cette idée : différence d'objet du droit.*

SECTION II. — La doctrine personnaliste 246

§ 1. — Exposé 246

215. *Les variantes de cette doctrine.*

A. La conception unitaire de la doctrine personnaliste 248

216. *Critique du rapport personne-chose.* — **217.** *Unité du rapport juridique.* — **218.** *La conception du droit réel; l'obligation passive universelle.* — **219.** *L'identité structurelle des deux catégories de droit.*

B. La nouvelle différenciation du droit réel et du droit de créance 250

a) Le critérium proposé 250

220. *Différence des éléments constitutifs.* — **221.** *Le sujet passif.* — **222.** *L'objet de l'obligation.* — **223.** *Le nouveau critérium de distinction : l'obligation passive universelle.*

b) Le sens de ce critérium 253

224. *Son identité pratique avec le critérium classique.*

§ 2. — Etude critique 254

1° L'obligation passive universelle ne caractérise aucun droit 255

226. *Elle s'applique à tous les droits.* — **227.** *L'obligation passive universelle et le devoir de non-immixtion.* — **228.** *La détermination du sujet passif dans le droit personnel. Renvoi.*

2° **229-230.** L'obligation passive universelle n'est pas patrimoniale 258

231-232. *Conclusion. L'aspect interne et l'aspect externe du droit ; nécessité de rechercher le critérium de distinction dans le côté interne du droit.*

SECTION III. — Le critérium du doyen Chauveau 261

§ 1. — Exposé 261

233. *Le critérium utilisé par le doyen Chauveau.* — **234.** *Les conséquences de ce critérium.*

§ 2. — Appréciation critique 264

235-236. *La méthode d'analyse suivie par le doyen Chauveau.* — **237.** *Les pouvoirs d'utilisation matérielle ne sont pas les seuls pouvoirs ni les pouvoirs essentiels compris dans le droit de propriété.* — **238-239.** *On ne peut restreindre les droits réels aux droits comportant des pouvoirs d'utilisation matérielle de la chose.*

CHAPITRE II. — **Le critérium choisi** 270

240. *Le caractère bilatéral de la règle de droit.* — **241.** *L'unité fondamentale des droits réels et des droits de créance. Le caractère technique de la distinction.*

SECTION I. — La notion de droit subjectif 273

242-243. *Le droit subjectif ; son fondement et sa réalité.*

§ 1. — Les diverses théories sur la structure du droit subjectif 278

245. *Théorie de la volonté.* — **246.** *Théorie de l'intérêt juridiquement protégé.* — **247.** *Théorie de la volonté et de l'intérêt combinés.*

§ 2. — Le droit subjectif est un pouvoir juridiquement protégé 281

248. *L'essence du droit subjectif : le pouvoir.* — **249.** *La nature de ce pouvoir : pouvoir d'agir et pouvoir de vouloir.* — **250.** *La protection de ce pouvoir : pouvoir de droit et pouvoir de fait.*

SECTION II. — La base de la distinction 284

251. *La classification des droits d'après l'objet sur lequel portent leurs pouvoirs.* — **252.** *La différence des pouvoirs selon leur objet.* — **253.** *La dualité des pouvoirs du créancier.* — **254.** *La différence d'objet des droits, cause de la différence des pouvoirs du titulaire et source de la différence du régime juridique de ces droits, doit être prise comme critérium de distinction.*

TITRE IV

APPLICATION DU CRITERIUM CHOISI

256. *L'article 543 du Code civil et la limitation du nombre des droits réels.* — **257.** *Pouvoirs susceptibles de constituer un droit réel.* — **258.** *Chose pouvant faire l'objet d'un droit réel.* — **259.** *Limitation des droits réels aux choses matérielles.* — **260-261.** *Droits réels principaux et droits réels de garantie.*

CHAPITRE I. — **Le droit au bail et la distinction des droits réels et personnels** 303

SECTION I. — Le droit au bail et le droit réel de jouissance du preneur 303

262. *Le preneur a un droit réel de joiussance.* — **263.** *Il a aussi des droits de créance contre le bailleur.* — **264.** *Utilité de rattacher le droit au bail à l'une ou l'autre des deux catégories de droit dont il est formé.*

§ 1. — Le Code civil et l'écrasement de l'élément réel par l'élément personnel 306

265. *L'importance des rapports personnels dans le Code civil.* — **266.** *L'élément caractéristique du droit au bail demeure le droit réel de jouissance du preneur.*

§ 2. — La législation moderne et l'écrasement de l'élément personnel par l'élément réel 308

267. *L'amenuisement des rapports personnels.* — **268.** *Le rattachement du droit au bail à la catégorie du droit réel.*

SECTION II. — Les conséquences du droit réel du preneur 309

269. *L'intervention du législateur moderne a restreint ces conséquences.*

§ 1. — Les conséquences qui ont disparu 310

270. *La compétence territoriale des juridictions en matière de bail.* — **271.** *L'hypothèque du droit au bail d'immeuble.* — **272.** *La transcription du droit au bail.*

§ 2. — Les conséquences qui subsistent 313

273. *La possession du droit au bail.* — **274.** *Conséquences se rattachant à la distinction des meubles et des immeubles.* — **275.** *Conflit entre deux preneurs concurrents.*

CHAPITRE II. — **Les droits réels principaux** 319

SECTION I. — Le droit de propriété et ses rapports avec les autres droits réels 319

277-278. *La conception des auteurs classiques.* — **279.** *La critique de Demolombe et la distinction des droits corporels et incorporels.* — **280-282.** *La distinction des démembrements de la propriété et des droits réels. Sa critique.* — **283-284.** *Les rapports du droit réel et du droit de propriété.*

SECTION II. — Les droits réels sur la chose d'autrui .. 330

§ 1. — Les droits réels couramment admis par la doctrine 331

A. L'emphytéose 331

287. *Le caractère réel du droit de l'emphytéose.*

B. Les servitudes 332

288. *Le caractère réel des servitudes.* — **289.** *Précision terminologique.*

1° Servitudes et obligations *propter rem* ou obligations réelles 334

290. *Conception classique de l'obligation* propter rem. — **291.** *La théorie des droits réels* in faciendo. — **292.** *Théorie de l'obligation réelle intermédiaire entre droit réel et droit de créance.*

2° Observations critiques sur les obligations réelles. Leur place parmi les droits de créance .. 337

294. *Rejet de l'obligation réelle ou* propter rem *du domaine des droits réels de garantie.* — **295.** *Rejet de la conception des droits réels* in faciendo. — **296.** *Les obligations* propter rem *se rattachent à la catégorie des droits de créance.* — **297.** *La distinction des obligations* propter rem *et des servitudes.*

§ 2. — Les droits réels sur la chose d'autrui qu'il convient d'ajouter à la liste courante 345

A. Le droit du commodataire 346

299. *Le droit réel d'usage du commodataire.* — **300.** *La distinction du commodat et du louage.*

B. Le droit du possesseur 347

1° La possession peut constituer un droit 348

301. *L'état doctrinal de la question et son intérêt.* — **302.** *L'aspect matériel de la possession.* — **303.** *L'aspect juridique de la possession. Le droit de possession.* — **304.** *Les objections à l'idée d'un droit de possession. Réfutation.*

2° La nature du droit de possession 352

305. *Ce droit n'est pas un droit de créance.* — **306.** *Ce n'est pas un droit de nature extra-patrimoniale.* — **307.** *C'est un droit réel.*

C. Le droit de jouissance sur la chose d'autrui. 353

308. *Le concept unitaire des droits de jouissance sur la chose d'autrui. Sa nature réelle.* — **309.** *Ce droit doit comporter un avantage direct pour son titulaire. Distinction des droits d'administration et des droits de jouissance.* — **310.** *Application de cette distinction aux effets juridiques de l'absence.* — **311.** *Le droit de jouissance des parents sur les biens de leurs enfants mineurs, du mari sur les biens dotaux, de la communauté sur les propres.* — **312.** *Le droit de jouissance du créancier antichrésiste.*

CHAPITRE III. — **Les droits réels de garantie** 359

313. *Conception unitaire des droits de garantie.* — **314.** *Les divergences sur la détermination des droits réels de garantie. Spécialement au sujet des privilèges.* — **315.** *Les raisons de ces diversités de solution.* — **316.** *Les bases d'une nouvelle analyse.*

SECTION I. — Le droit de gage général des créanciers. 364

317. *Position du problème.*

§ 1. — La distinction du droit à la prestation et du droit de gage général 364

A. Etude critique des conceptions doctrinales sur le droit du créancier et son droit de gage général 364

318. *Etat de la doctrine en France.* — **319.** *En Italie.*

1° Les conceptions unitaires du droit du créancier 366

a) Théories du droit personnel 366

320-321. *Les conceptions de Polacco.* — **322-323.** *De Carnélutti.* — **324.** *De Gangi.*

b) Théories du droit réel 372

326-328. *Les conceptions de Pacchioni.* — **329-330.** *De certains auteurs français.*

2° La conception dualiste du droit du créancier : Alfredo Rocco 377

331. *L'analyse de l'obligation et du droit du créancier, par A. Rocco.* — **332.** *Nature du droit du créancier sur les biens du débiteur.* — **333.** *Les différences entre Gangi, Pacchioni et Rocco.* — *Conclusion.*

B. Le mécanisme de réalisation de l'intérêt du créancier et les divers pouvoirs du créancier 382

334. *Le droit à la prestation ; son caractère juridique.* — **335.** *L'exécution forcée* manu militari. — **336.** *Les moyens indirects de contrainte et le principe d'un dédommagement par équivalent.* — **337.** *Le droit de gage général.*

§ 2. — La nature et la protection juridique du droit de gage général 385

A. Le contenu interne et la nature juridique du droit de gage général 385

339. *Le droit de gage général a la même nature que le droit qu'il atteint.* — **340.** *Le droit de gage général conçu comme un droit à l'intervention de l'Etat.* — **341.** *Le droit direct sur les biens ne naît qu'avec la saisie.* — **342.** *Réfutation. Le droit de gage général préexiste à la saisie, et sa nature est identique avant comme après la saisie.*

B. L'efficacité externe et la protection juridique du droit de gage général 389

343. *Les raisons de l'inopposabilité du droit de gage général.* — **344.** *La protection du droit de gage général : l'action paulienne.* — **345.** *Action paulienne et action en*

responsabilité contre le tiers complice traduisent sur le plan judiciaire les deux sortes de droit du créancier.

SECTION II. — Les sûretés réelles 394

A. Le nantissement 395

1° Le gage 395

348. *La nature du droit du créancier gagiste.* — **349-350.** *L'opposabilité aux tiers de ce droit.*

2° L'antichrèse 398

351. *Les droits réels de l'antichrésiste.*

B. L'hypothèque 399

352. *Les pouvoirs du créancier hypothécaire et la nature de son droit.*

C. Les privilèges 400

353. *Le caractère commun des privilèges et leur nature.* — **354.** *L'opposabilité des privilèges aux tiers.*

D. Le droit de rétention 401

355. *Sa nature.* — **356.** *Son opposabilité.*

CONCLUSION 403

BIBLIOGRAPHIE 407

TABLE DES MATIÈRES 423

IMPRIMERIE
A. COUESLANT
CAHORS
— 82.982 —
DÉP. LÉG. IV-1952